coleção OAB nacional

Primeira Fase

Depois de alguns anos ministrando aulas em cursos preparatórios para o exame de habilitação profissional da advocacia, acabamos por adquirir uma experiência valiosa, o que nos motivou a conceber esta Coleção OAB Nacional.

Com a proposta de suprir a maior necessidade do bacharel quando este se submete ao exame, qual seja, apreender o maior conteúdo possível por meio de uma linguagem clara, objetiva e concisa, tal empreitada considerou a necessidade de o aluno recordar um grande volume de informações em pouco tempo.

A escolha dos autores foi conduzida de maneira extremamente criteriosa, uma vez que se trata de professores que há muito ministram aulas em cursos preparatórios para o exame de habilitação profissional em âmbito nacional e, portanto, conhecem profundamente as provas de cada banca organizadora no País.

Antecipamos ao leitor que as discussões doutrinárias, quando necessárias, são breves, sem, contudo, deixar de lado o núcleo das disposições consoante perquirido pelas bancas examinadoras a que nos referimos.

Para facilitar o manuseio, dividimos a Coleção por matérias e, com o objetivo de atender ao interesse dos bacharéis, os temas são apresentados de forma sistemática. Como não poderia ser diferente, não tivemos a pretensão de esgotar nenhum dos temas das matérias de cada volume, pois nosso objetivo é oferecer aos bacharéis meios de absorção de conteúdo em pouco tempo.

Sucesso a todos os concursandos e estudiosos.

Os Coordenadores

ISBN 978-85-02-07358-6

ISBN 978-85-02-07318-0 obra completa

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

4 DIREITO PENAL *Luiz Antônio de Souza* coleção OAB nacional

Editora Saraiva

coleção OAB nacional

Primeira Fase

DIREITO PENAL 4

Luiz Antônio de Souza

Coordenação geral
Fábio Vieira Figueiredo
Fernando F. Castellani
Marcelo Tadeu Cometti

Inclui questões:
Cespe
Vunesp
FCC

Editora Saraiva

Coordenação Geral

Fábio Vieira Figueiredo: Advogado, consultor jurídico, parecerista e articulista em Direito Civil. Mestre em Direito Civil Comparado (PUCSP). Pós-graduado em Direito Empresarial e Contratual. Professor concursado e coordenador do Núcleo de Prática e Pesquisa Jurídica da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), professor da graduação, pós-graduação e do departamento de cursos de extensão da Universidade São Judas Tadeu (USJT) e da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Professor de cursos preparatórios para concursos e OAB. Membro do Instituto de Direito Privado, do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo e do Instituto dos Advogados de São Paulo – CNA. Coordenador pedagógico de cursos preparatórios para concursos do Complexo Jurídico Damásio de Jesus (CJDJ).

Fernando F. Castellani: Advogado e consultor jurídico. Mestre e doutorando em Direito Tributário pela PUCSP. Professor dos cursos do IBET, do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, do Via Saraiva, do Curso Ductor – Campinas e da FACAMP. Diretor acadêmico do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, em São Paulo. Autor do livro *Empresa em crise*: falência e recuperação judicial, por esta Editora.

Marcelo Tadeu Cometti: Advogado, especialista e mestre em Direito Comercial (PUCSP), coordenador pedagógico dos cursos para o Exame da OAB do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e do IDEJUR (Instituto de Desenvolvimento de Estudos Jurídico). Professor de Direito Empresarial nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio de Jesus e em cursos preparatórios.

coleção OAB *nacional*

Primeira Fase

DIREITO PENAL

4

Luiz Antônio de Souza

Coordenação geral
Fábio Vieira Figueiredo
Fernando F. Castellani
Marcelo Tadeu Cometti

edição 2009

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Av. Marquês de São Vicente, 1697 – CEP 01139-904
Barra Funda – São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax)
SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688 (outras localidades)
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br — Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Fâmeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIG QD 3 Bl. B – Loja 97 – Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. Ceará, 1360 – São Geraldo
Fone: (51) 3343-1467 / 3343-7563
Fax: (51) 3343-2986 / 3343-7469 – Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN 978-85-02-07318-0 obra completa
ISBN 978-85-02-07358-6 volume 4

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Souza, Luiz Antônio de
Direito Penal, 4 / Luiz Antônio de Souza; coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. – São Paulo: Saraiva, 2009. – (Coleção OAB nacional. Primeira fase)

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil 3. Ordem dos Advogados do Brasil 4. Ordem dos Advogados do Brasil – Exames, questão etc. I. Figueiredo, Fábio Vieira. II. Castellani, Fernando F. III. Cometti, Marcelo Tadeu. IV. Título. V. Série

08-06474 CDU-347.965.8(81) (079.1)

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal 347.965.8(81) (079.1)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Thiago Marcan de Souza
Produção Editorial Ligia Alves
Clarissa Boraschi Maria Coura
Estagiário Vinicius Asevedo Vieira
Arte e diagramação ERJ Composição Editorial
Revisão de provas Know-how Editorial
Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa
Carla Cristina Marques
Capa Know-how Editorial

[DATA DE FECHAMENTO DA EDIÇÃO: 25-7-2008]

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Sumário

Apresentação XIII

1. Parte Geral 1

1.1 Primeiras noções 1
1.2 Conceito de Direito Penal 1
1.3 Interpretação da lei penal 2
1.3.1 Quanto à origem (analisa-se basicamente o sujeito) 2
1.3.2 Quanto ao modo 2
1.3.3 Quanto ao resultado 3
1.3.4 Interpretação analógica 3
1.4 Fontes do Direito Penal 4
1.5 Princípios do Direito Penal 5
1.6 Classificação/espécies de normas penais 7
1.6.1 Norma penal incriminadora 7
1.6.2 Norma penal não incriminadora 8
1.7 Norma penal em branco 8
1.8 Norma penal incompleta ou imperfeita 9
1.9 Auto-integração da lei penal 10
1.10 Aplicação da lei penal 10
1.10.1 Princípio da legalidade 10
1.10.2 Lei penal no tempo 11
1.10.3 Tempo do crime 17
1.10.4 Lugar do crime 20
1.10.5 Lei penal no espaço 21

1.10.6 Extraterritorialidade ... 23
1.10.7 Princípio *ne bis in idem* (ou *non bis in idem*) ... 26
1.10.8 Contagem de prazo ... 26
1.10.9 Frações não computáveis da pena ... 27
Questões ... 27

2. Teoria do Crime ... 31

2.1 Infração penal ... 31
2.2 Conceito de crime ... 32
2.3 Elementar e circunstância ... 32
2.3.1 Circunstâncias judiciais e legais ... 33
2.4 Sujeito ativo do crime ... 34
2.5 Sujeito passivo ... 35
2.6 Objeto do crime ... 36
2.7 Classificação doutrinária dos crimes ... 37
2.8 Fato típico ... 39
2.8.1 Conduta ... 39
2.8.2 Resultado ... 43
2.8.3 Nexo de causalidade ... 45
2.8.4 Imputação objetiva ... 48
2.8.5 Tipicidade ... 49
2.8.6 Fato típico doloso ... 50
2.8.7 Fato típico culposo ... 52
2.8.8 Fato típico preterdoloso ... 57
2.9 *Iter criminis* ... 57
2.9.1 Distinção entre atos preparatórios e atos executórios ... 57
2.9.2 Exaurimento do crime (ou crime exaurido) ... 58
2.9.3 Crime consumado ... 59
2.9.4 Crime tentado ... 60
2.9.5 Desistência voluntária e arrependimento eficaz ... 62
2.9.6 Arrependimento posterior ... 63
2.9.7 Crime impossível ... 64
2.10 Erro de tipo ... 65
2.11 Antijuridicidade ... 68
2.11.1 Conceito ... 68
2.11.2 Tipicidade e antijuridicidade ... 69
2.11.3 Caráter objetivo da antijuridicidade ... 69
2.11.4 Excludentes de antijuridicidade ... 69
2.11.5 Requisitos objetivos e subjetivos ... 69

2.11.6 Estado de necessidade – art. 24 do CP ... 70
2.11.7 Legítima defesa – art. 25 do CP ... 74
2.11.8 Estrito cumprimento de dever legal ... 77
2.11.9 Exercício regular de direito ... 78
2.11.10 Descriminantes putativas ... 78
2.12 Culpabilidade ... 79
2.12.1 Aspectos gerais ... 79
2.12.2 Imputabilidade ... 80
2.12.3 Potencial consciência de ilicitude ... 85
2.12.4 Exigibilidade de conduta diversa ... 88
2.13 Concurso de pessoas ... 89
2.13.1 Introdução ... 89
2.13.2 Requisitos ... 91
2.13.3 Formas do concurso de pessoas ... 93
2.13.4 Teorias sobre autoria e participação ... 95
2.13.5 Natureza jurídica da participação ... 96
2.13.6 Outros dispositivos de importância ... 96
2.14 Concurso de crimes ... 97
2.14.1 Concurso material ou real de crimes ... 98
2.14.2 Concurso formal ou ideal ... 98
2.14.3 Crime continuado ... 100
2.14.4 Concurso e penas de multa ... 102
Questões ... 102

3. Das Penas ... 115

3.1 Pena Privativa de Liberdade (PPL) ... 115
3.1.1 Espécies ... 115
3.1.2 Regimes penitenciários ... 116
3.1.3 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) ... 120
3.1.4 Detração penal ... 120
3.1.5 Limite de cumprimento de pena ... 121
3.2 Penas Restritivas de Direito (PRD) ... 122
3.2.1 Prazo ... 122
3.2.2 Requisitos ... 123
3.2.3 Substituição nas penas até um ano ... 123
3.2.4 Espécies ... 123
3.3 Multa ... 124
3.3.1 Sistema ... 124
3.3.2 Pagamento ... 124
3.3.3 Aspectos finais ... 125

3.4 Reincidência ... 125
3.4.1 Conceito ... 125
3.4.2 Sistema ... 126
3.4.3 Quadro geral ... 126
3.4.4 Aspectos finais ... 127
3.5 Fixação da pena ... 127
3.6 *Sursis* ... 128
3.6.1 Natureza jurídica ... 128
3.6.2 Distinção entre *sursis* penal e *sursis* processual ... 129
3.6.3 Espécies de *sursis* ... 129
3.6.4 Revogação ... 132
3.6.5 Prorrogação automática – art. 81, § 2º, do CP ... 133
3.6.6 Audiência admonitória ... 133
3.7 Livramento condicional ... 134
3.7.1 Conceito ... 134
3.7.2 Requisitos – arts. 83 e 84 do CP ... 134
3.7.3 Condições – art. 85 do CP e art. 132 da LEP ... 135
3.7.4 Revogação – arts. 86 e 87 do CP ... 136
3.8 Medida de segurança ... 138
Questões ... 139

4. Punibilidade e Extinção de Punibilidade ... 142

4.1 Punibilidade ... 142
4.2 Causas extintivas de punibilidade ... 143
4.3 Hipóteses do art. 107 do Código Penal ... 143
4.3.1 Morte do agente – art. 107, I, do CP ... 143
4.3.2 Anistia, graça e indulto – art. 107, II, do CP ... 144
4.3.3 *Abolitio criminis* – art. 107, III, do CP ... 145
4.3.4 Prescrição, decadência e perempção – art. 107, IV, do CP ... 145
4.3.5 Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação penal privada – art. 107, V, do CP ... 152
4.3.6 Retratação do agente – art. 107, VI, do CP ... 154
4.3.7 Perdão judicial – art. 107, IX, do CP ... 154
Questões ... 154

5. Parte Especial – Dos Crimes Contra a Vida ... 158

5.1 Homicídio ... 158
5.1.1 Homicídio simples – art. 121, *caput*, do CP ... 158
5.1.2 Homicídio privilegiado – art. 121, § 1º, do CP ... 159

5.1.3 Homicídio privilegiado-qualificado ... 160
5.1.4 Homicídio qualificado – art. 121, § 2º, do CP ... 161
5.1.5 Homicídio culposo – art. 121, § 3º, do CP ... 164
5.1.6 Causas de aumento de pena – art. 121, § 4º, do CP ... 164
5.1.7 Perdão judicial – art. 121, § 5º, do CP ... 165
5.2 Infanticídio – art. 123 do CP ... 165
5.3 Aborto ... 166
5.3.1 Conceito ... 166
5.3.2 Espécies ... 167
5.3.3 Objetividade jurídica ... 167
5.3.4 Elemento subjetivo ... 168
5.3.5 Aborto provocado sem o consentimento da vítima e lesão corporal gravíssima que resulta em aborto – arts. 125 e 129, § 2º, V, do CP ... 168
5.3.6 Conduta típica, consumação e tentativa ... 168
5.3.7 Espécies de aborto criminoso ... 169
5.3.8 Aborto legal ou permitido – art. 128 do CP ... 171
Questões ... 172

6. Dos Crimes Contra o Patrimônio ... 174

6.1 Furto ... 174
6.1.1 Conceito ... 174
6.1.2 Sujeito ativo ... 174
6.1.3 Sujeito passivo ... 175
6.1.4 Desfalque patrimonial ... 175
6.1.5 Elemento subjetivo ... 175
6.1.6 Consumação e tentativa ... 176
6.1.7 Espécies de furto ... 176
6.2 Roubo ... 179
6.2.1 Conceito ... 179
6.2.2 Sujeito ativo ... 180
6.2.3 Sujeito passivo ... 180
6.2.4 Desfalque patrimonial ... 180
6.2.5 Elemento subjetivo ... 180
6.2.6 Espécies de roubo ... 180
6.2.7 Diferença entre roubo e extorsão ... 184
6.3 Extorsão ... 184
6.3.1 Conceito ... 184
6.3.2 Sujeitos ativo e passivo ... 185
6.3.3 Elemento subjetivo ... 185

6.3.4 Consumação e tentativa 185
6.3.5 Causa de aumento de pena 186
6.4 Extorsão mediante seqüestro 186
6.4.1 Conceito 186
6.4.2 Sujeitos ativo e passivo 186
6.4.3 Elemento subjetivo 186
6.4.4 Consumação e tentativa 186
6.4.5 Qualificadoras 187
6.4.6 Delação premiada ou delação eficaz 188
6.4.7 Diferença entre extorsão mediante seqüestro e seqüestro relâmpago (extorsão) 188
6.4.8 Diferença entre extorsão mediante seqüestro e seqüestro ou cárcere privado 188
6.5 Apropriação indébita 189
6.5.1 Conceito 189
6.5.2 Sujeitos ativo e passivo 189
6.5.3 Elemento subjetivo 189
6.5.4 Espécies e consumação 189
6.5.5 Apropriação indébita agravada 190
6.5.6 Apropriação indébita privilegiada 190
6.6 Estelionato 190
6.6.1 Conceito 190
6.6.2 Sujeitos ativo e passivo 190
6.6.3 Elemento subjetivo 190
6.6.4 Consumação e tentativa 191
6.6.5 Estelionato privilegiado 191
6.6.6 Condutas equiparadas a estelionato 191
6.6.7 Falso e estelionato 193
6.6.8 Observações finais 193
6.7 Receptação 193
6.7.1 Receptação dolosa simples 194
6.7.2 Receptação dolosa qualificada – art. 180, §§ 1º e 2º, do CP 194
6.7.3 Receptação dolosa agravada 195
6.7.4 Receptação dolosa privilegiada 195
6.7.5 Receptação culposa – cabe perdão judicial 195
Questões 195

7. Dos Crimes Contra a Administração Pública 198

7.1 Introdução 198

7.2 Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral 199
7.2.1 Peculato 199
7.2.2 Concussão – art. 316 do CP 202
7.2.3 Corrupção passiva – art. 317 do CP 203
7.2.4 Prevaricação – art. 319 do CP 204
7.3 Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral 205
7.3.1 Tráfico de influência – art. 332 do CP 205
7.3.2 Corrupção ativa – art. 333 do CP 205
7.4 Dos crimes contra a administração da justiça 206
7.4.1 Denunciação caluniosa – art. 339 do CP 206
7.4.2 Comunicação falsa de crime ou contravenção – art. 340 do CP 207
7.4.3 Auto-acusação falsa – art. 341 do CP 208
7.4.4 Falso testemunho ou falsa perícia – art. 342 do CP 208
Questões 210

Referências 212

Apresentação

É com muita honra que apresentamos a Coleção OAB Nacional, coordenada por Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani e Marcelo Tadeu Cometti, que, tão oportunamente, é editada pela Saraiva, com o objetivo de servir de diretriz a bacharéis que pretendem submeter-se ao exame de habilitação profissional em âmbito nacional.

Esta Coleção primorosa diz respeito às duas fases do exame da OAB: A) A **1ª fase** contém uma parte teórica e outra destinada a exercícios de múltipla escolha, abrangendo doze matérias divididas nos seguintes volumes: 1. *Direito civil*, sobre o qual discorrem Fábio Vieira Figueiredo e Brunno Pandori Giancoli; 2. *Direito processual civil*, tendo como co-autores Simone Diogo Carvalho Figueiredo e Renato Montans de Sá; 3. *Direito comercial*, aos cuidados de Marcelo Tadeu Cometti; 4. *Direito penal*, escrito por Luiz Antônio de Souza; 5. *Direito processual penal*, redigido por Flávio Cardoso de Oliveira; 6. *Direito e processo do trabalho*, confiado a André Horta Moreno Veneziano; 7. *Direito tributário*, de autoria de Fernando F. Castellani; 8. *Direito administrativo*, da lavra de Alexandre Mazza; 9. *Direito constitucional*, a cargo de Luciana Russo; 10. *Ética profissional e Estatuto da advocacia*, redigido por Marco Antônio de Macedo Jr. e Celso Coccaro; 11. *Direito internacional*, do qual se incumbiu Gustavo Bregalda Neves; e 12. *Direitos difusos e coletivos*, que tem por autores Luiz Antônio

de Souza e Vitor Frederico Kümpel. B) A 2ª fase aborda sete matérias, contendo uma parte doutrinária e outra destinada a peças processuais, dividida desta forma: 1. *Direito civil*; 2. *Direito do trabalho*; 3. *Direito tributário*; 4. *Direito penal*; 5. *Direito empresarial*; 6. *Direito constitucional*; e 7. *Direito administrativo*.

Cumpre dizer que os autores foram criteriosamente selecionados pela experiência que têm, por serem professores atuantes em cursos preparatórios para o exame de OAB e profundos conhecedores não só da matéria por eles versada como também do estilo de provas de cada banca examinadora. Todos eles, comprometidos com o ensino jurídico, procuraram, de modo didático e com objetividade e clareza, apresentar sistematicamente os variados institutos, possibilitando uma visão panorâmica de todas as matérias, atendendo assim à necessidade de o candidato recordar as informações recebidas no curso de graduação, em breve período de tempo, levando-o a refletir, pois a forma prática de exposição dos temas abre espaço ao raciocínio e à absorção dos conceitos jurídicos fundamentais, dando-lhe uma orientação segura.

Pela apresentação de um quadro devidamente programado, pela qualidade da análise interpretativa dos institutos pertencentes aos vários ramos jurídicos, pela relevância dada à abordagem prática, pelo aspecto nitidamente didático e pela objetividade, esta Coleção, que, em boa hora, vem a lume, será de grande importância aos que pretendem obter habilitação profissional e a toda a comunidade jurídico-acadêmica, por traçar os rumos a serem trilhados na prática da profissão.

São Paulo, 18 de abril de 2008.

Maria Helena Diniz

1 Parte Geral

1.1 Primeiras noções

O Direito Penal qualifica alguns comportamentos humanos e os eleva ao *status* de infração penal, definindo seus agentes e estabelecendo as conseqüências jurídicas correspondentes. Percebemos, então, tratar-se de um ramo do Direito que é, ao mesmo tempo, garantista e punitivo, visto que esse garantismo não se dá apenas contra atos humanos de violência, mas também contra uma possível ingerência estatal.

À medida que o Estado retira das pessoas o direito de autotutela (a qual somente é permitida em situações específicas e expressas) e assume com exclusividade o dever de apaziguar as relações interpessoais, impondo punições, chamando para si a tarefa de administrar a justiça, o direito de punir é exclusivo do Estado (mesmo naquelas situações em que permite, ao ofendido ou seu representante legal, o exercício da ação penal).

1.2 Conceito de Direito Penal

O Direito Penal pode ser subdividido em objetivo e subjetivo.

O Direito Penal subjetivo, como o próprio nome indica, deve ser analisado tendo em mira o sujeito principal da relação de pa-

cificação social, ou seja, o Estado. Logo, percebemos que o Direito Penal subjetivo nada mais é que o direito de punir, conhecido por *ius puniendi*. Assim, o Estado figura como titular do *ius puniendi*.

O Direito Penal objetivo é a fonte onde o titular do direito de punir irá buscar fundamento para consecução dos seus fins. Como só é possível punir uma conduta humana se houver uma lei incriminando-a, como veremos adiante, extraímos que o Direito Penal objetivo é o conjunto de leis vigentes no País.

Diante disso, podemos conceituar o Direito Penal como o conjunto de normas e regras jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, em face de atos humanos considerados infrações penais.

1.3 Interpretação da lei penal

Interpretar é aclarar o significado de uma palavra, texto, lei ou expressão, e devemos utilizar três ângulos de visão para uma interpretação satisfatória: quanto à origem, quanto ao modo e quanto ao resultado.

1.3.1 Quanto à origem (analisa-se basicamente o sujeito)

a. **Autêntica ou legislativa:** é a interpretação feita pela própria lei (ex.: art. 327 do CP, que conceitua funcionário público para efeitos penais).
b. **Doutrinária ou científica:** é a interpretação feita pelos doutrinadores, pelos estudiosos de uma ciência (ex.: livros).
c. **Jurisprudencial:** é a interpretação feita pelos tribunais (ex.: súmulas).

1.3.2 Quanto ao modo

a. **Gramatical ou literal:** quando o que se busca é o que significa a palavra etimologicamente, a palavra em si; para tanto, podemos utilizar um dicionário.
b. **Teleológica:** aqui é levada em conta a finalidade da criação dessa norma.

c. **Histórica:** procura a origem da lei, para tentar entender o momento histórico em que a lei foi criada, para descobrir o motivo de sua criação.
d. **Sistemática:** o intérprete analisa todo o ordenamento jurídico para buscar uma solução que resolva o conflito, inclusive buscando conceitos em outros ramos do Direito. O Direito Penal não está isolado, ele depende e interage com os outros ramos jurídicos, portanto, para uma compreensão efetiva, deve-se analisar o Direito como um todo.

1.3.3 Quanto ao resultado

a. **Declarativa:** ocorre quando a letra da lei corresponde exatamente ao que o legislador buscou dizer.
b. **Extensiva:** ocorre naquelas hipóteses em que deve ser ampliado o alcance de uma expressão usada na redação da lei para atingir o resultado desejado.
c. **Restritiva:** o intérprete reduz o alcance de uma expressão usada na redação da lei para atingir o resultado desejado.

1.3.4 Interpretação analógica

Como o legislador não consegue prever todas as condutas humanas para poder tipificá-las como infração, em alguns casos, após apontar uma fórmula casuística, faz seguir uma formulação genérica, determinando que, para toda situação compreendida dentro dessa formulação genérica, seja aplicada a solução adotada para a fórmula casuística.

Exemplo: Art. 121, § 2º, inc. I, do Código Penal – homicídio qualificado por paga, promessa de recompensa ou outro motivo torpe – o legislador assinala que paga e promessa de recompensa são motivos torpes e determina que seja também considerado qualificado, enquadrando-se nessa tipificação quaisquer outros homicídios praticados com motivação análoga à paga e promessa de recompensa.

Atenção: Diferença entre analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva.

A **interpretação extensiva** consiste em ampliar a palavra da lei para que corresponda à sua vontade. A **interpretação analógica**

ocorre quando a própria lei determina que a ausência de previsão legislativa seja suprida pela analogia. A **analogia** consiste na aplicação de disposição relativa a caso semelhante para uma hipótese não regulada pelo legislador.

Observação: Cabe o emprego de interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia em matéria penal?

a. A interpretação analógica é perfeitamente admissível, uma vez que a própria norma pretende incidir em casos semelhantes aos por ela regulados.
b. A analogia somente é admissível *in bonam partem* (em benefício do agente). Ex.: aplicação do art. 128, II, do CP (permissão do aborto em gravidez decorrente de estupro), à hipótese de aborto em gravidez decorrente de atentado violento ao pudor, pois onde há a mesma razão de decidir cabe aplicação do mesmo direito.

1.4 Fontes do Direito Penal

Fonte é o local de onde as coisas provêm. No nosso caso, buscamos a origem da norma jurídica em matéria penal. E as nossas fontes podem ser materiais ou formais.

a. **Material:** é a fonte de criação, é o local onde é fabricada a norma jurídica, o órgão encarregado da criação da norma; no Brasil, a competência para a elaboração de normas penais é da União, conforme disposto no art. 22, inc. I, da Constituição da República, porém, Estados-Membros também podem legislar sobre o assunto, desde que haja autorização por lei complementar, conforme disposto no art. 22, parágrafo único, da CF.
b. **Formal:** é a fonte de revelação, ou seja, é o modo pelo qual é dado conhecimento ao povo sobre a criação de uma norma, garantindo o conhecimento da população; a fonte formal se subdivide em imediata e mediata:
   1. **formal imediata:** é a lei (em sentido estrito);
   2. **formal mediata:** são os costumes e os princípios gerais de direito.

O costume deriva da longa prática reiterada e uniforme de determinado comportamento, produzindo tendência à conformidade geral, podendo ser contrário à lei, ir além da lei e estar de acordo com a lei. O costume não pode criar infração penal nem pode criar pena. Basicamente, é utilizado para interpretar a norma penal, principalmente quando, no tipo penal (texto legal que descreve a conduta infracional), existirem elementos normativos.

Atenção: Costumes não revogam lei penal (art. 2º, § 1º, da LICC).

Os princípios, por sua vez, ajudam a formar o raciocínio jurídico, por serem normas jurídicas de especial relevância que servem como vetores interpretativos para o operador do Direito.

Atenção: Por força do princípio da legalidade, a norma penal incriminadora só pode ser revelada pela lei (fonte imediata); norma penal não incriminadora, diferentemente, pode ser revelada tanto pela fonte imediata quanto pela mediata.

Observação: Ato administrativo é considerado fonte formal mediata e, normalmente, serve para complementar a norma penal em branco.

1.5 Princípios do Direito Penal

Os princípios compõem a hermenêutica jurídica, fornecendo as técnicas segundo as quais o operador do Direito poderá apreender o sentido social e jurídico da norma em exame. Trataremos apenas de alguns princípios:

a. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:** é o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas jurídicas; o Estado e o Direito não são fins, e sim meios para a realização da dignidade do homem.
b. **Princípio da Legalidade:** não há crime sem lei que defina o fato como infração penal, e não há pena sem cominação legal (também a pena deve ser prevista por lei); em outras palavras, pode-se fazer tudo desde que não haja lei proibindo.

c. **Princípio da Anterioridade:** a lei penal, via de regra, só é aplicada a fatos posteriores à sua vigência; por isso, para que alguém responda por crime e pela respectiva pena é necessário que a lei que prevê o crime e a pena esteja em vigor na data em que o fato é praticado.

d. **Princípio da Irretroatividade:** decorre do princípio da anterioridade, ou seja, a lei penal não atinge fatos pretéritos; lembre-se, porém, que a retroatividade é permitida quando for em benefício do agente (retroatividade *in mellius*).

e. **Princípio da Extra-atividade da Lei Penal:** em alguns casos, a lei penal, mesmo após sua revogação, continua regulando atos cometidos durante sua vigência ou retroage para alcançar acontecimentos anteriores à sua entrada em vigor; isso se dá quando for em benefício do agente.

f. **Princípio da Alteridade:** por esse princípio, não é possível punir a autolesão, não podendo o agente cometer crime contra si mesmo; somente é punível o comportamento que importar lesão ou ameaça a bem jurídico de terceiros.

g. **Princípio da Intervenção Mínima:** por esse princípio o Direito Penal só deve intervir quando nenhum outro ramo do Direito puder dar resposta efetiva à sociedade, atuando, pois, como *ultima ratio*.

h. **Princípio da Fragmentariedade:** por força do princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal somente é chamado a tutelar as lesões de maior gravidade para os bens jurídicos, ou seja, apenas protege um fragmento dos interesses jurídicos.

i. **Princípio da Ofensividade ou Lesividade:** para que haja crime, é necessário que haja lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico.

j. **Princípio da Insignificância ou Bagatela** (delitos de lesão mínima): está ligado ao Princípio da Fragmentariedade; só pode ser punido o ato que causar lesão efetiva e relevante ao bem jurídico, não se podendo conferir atipicidade aos casos de ínfima relevância.

k. **Princípio da Individualização da Pena:** a imposição da sanção penal para cada agente deve ser analisada e graduada individualmente; ainda que todos respondam pela mesma infração (e é a regra do Direito Penal), a pena de cada agente deve ser graduada de maneira individualizada.

l. **Princípio da Responsabilidade Pessoal (ou da Intranscendência ou da Personalidade da Pena):** presente no art. 5º, XLV, da CF, no qual está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do condenado; assim, os reflexos diretos da pena só poderão atingir o condenado.

m. **Princípio da Territorialidade:** a lei penal brasileira só é aplicada, em regra, à infração penal cometida no território nacional.

n. **Princípio da Bandeira ou do Pavilhão:** as embarcações e aeronaves (públicas e a serviço do governo e as privadas, quando estão em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente) são consideradas extensão do território brasileiro, estando intimamente ligadas ao Princípio da Territorialidade.

1.6 Classificação/espécies de normas penais

As normas penais podem ser classificadas (ou apresentam as seguintes espécies):

1.6.1 Norma penal incriminadora

Norma penal incriminadora é aquela que descreve uma infração penal. Possui dois preceitos: preceito primário e preceito secundário. No preceito primário, está a descrição abstrata ou típica do crime (ex.: no art. 121, *caput*, do Código Penal, o preceito primário é: "Matar alguém"). O preceito secundário traz a sanção abstrata (ou cominada) ao crime (ex.: no mesmo art. 121, *caput*, do Código Penal, o preceito secundário é: "Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos").

Atenção: A expressão "sanção cominada" é sinônima de "sanção abstrata", e difere da "sanção imposta" (concreta), na sentença, pelo juiz.

1.6.2 Norma penal não incriminadora

Norma penal não incriminadora é aquela que, evidentemente, não descreve crime. Pode ser:

a. **Permissiva Justificante** – é assim considerada toda norma que confere licitude a uma conduta típica (ex.: o art. 25 do Código Penal que trata da legítima defesa confere licitude a uma conduta típica).
b. **Permissiva Exculpante** – é assim considerada a norma que afasta a culpabilidade (ex.: o art. 26, *caput*, do Código Penal, que trata da inimputabilidade e afasta a culpabilidade, embora haja conduta típica e antijurídica).
c. **Complementar** – norma complementar é aquela que tem a função de complementar outra norma (ex.: o art. 68 do Código Penal traz as regras para a fixação da pena – é o chamado sistema trifásico –; primeiro, o juiz estabelece a pena-base, depois, considera as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de diminuição e de aumento da pena; para estabelecer a pena-base – a primeira fase da fixação da pena – o juiz deve seguir as diretrizes do art. 59 do Código Penal – as circunstâncias judiciais –, portanto, o art. 59 complementa o art. 68).
d. **Explicativa** – norma explicativa é aquela que conceitua ou explica o significado de alguma coisa (ex.: o art. 327 do Código Penal, que traz o conceito de funcionário público sob o aspecto penal).

1.7 Norma penal em branco

É aquela cujo preceito primário é incompleto, indeterminado, vago, lacunoso, precisando ser complementado por outras normas jurídicas, de natureza penal ou extrapenal, enquanto o preceito secundário está plenamente determinado.

Exemplo: A Lei n. 11.343/2006 – Lei de Drogas – registra, no art. 28, o porte de drogas para consumo pessoal e, no art. 33, o tráfico ilícito de drogas; todavia, a lista das substâncias que são consideradas drogas não está na lei, e sim em uma portaria da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Trata-se da portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, consoante o art. 66, da nova Lei de Drogas, a qual complementa o preceito primário dos arts. 28 e 33.

1.8 Norma penal incompleta ou imperfeita

É aquela cujo preceito primário é completo, determinado, enquanto o secundário é incompleto, indeterminado, necessitando, este último, portanto, de complemento (exatamente o contrário da norma penal em branco).

Exemplo: O art. 304 do Código Penal, que tipifica o uso de documento falso: "Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 ao 302" (note que o preceito primário necessita de complemento, portanto, trata-se de uma norma penal em branco, isso porque alude aos arts. 297 ao 302 do Código Penal; já o seu preceito secundário estabelece que a pena será "a mesma cominada à falsificação ou alteração", novamente necessitando de complemento).

Portanto, o art. 304 do Código Penal é uma norma diferente, porque se afigura, ao mesmo tempo, norma penal em branco e norma penal incompleta ou imperfeita, uma vez que necessita de complemento tanto no preceito primário quanto no preceito secundário.

1.9 Auto-integração da lei penal

O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) estabelece que, na ausência de uma norma para aplicar a um caso concreto, o juiz deve decidir por costumes, princípios gerais de direito e analogia.

No Direito Penal, o emprego de processos de auto-integração não é ilimitado, pois esbarra no princípio de reserva legal. Assim, não há óbice que sejam aplicados em relação às normas penais não

incriminadoras. Quanto à analogia, somente é possível a sua utilização *in bonam partem*, ou seja, para favorecer o réu. Jamais poderá o intérprete valer-se de analogia *in malam partem* para prejudicar o réu. De onde se conclui que a analogia, em Direito Penal, só pode ser utilizada quando se tratar de norma penal não incriminadora, pois, nesse caso, sempre estaremos favorecendo o réu, mas nunca em norma penal incriminadora, que irá prejudicá-lo

Exemplo: O art. 128 do Código Penal traz a figura do aborto sentimental, ético ou humanitário; no inc. II, o dispositivo prevê que não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro, mas não aborda a situação da gravidez que resulta de atentado violento ao pudor; logo, por analogia *in bonam partem*, aplica-se também a regra expressa no art. 128, II, do Código Penal, não se punindo o médico que pratica o aborto nos casos de gravidez resultante de atentado violento ao pudor.

1.10 Aplicação da lei penal

1.10.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art. 1º do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Esse princípio tem base constitucional, eis que previsto no art. 5º, XXXIX, da Carta da República. Contém, pois, dois princípios nele inseridos: o Princípio de Reserva Legal (somente há crime e pena mediante lei) e o Princípio da Anterioridade (a lei que prevê o crime e comina a pena deve ser anterior ao fato praticado).

Atenção: Na medida em que a legislação penal diz que "não há crime sem lei anterior que o defina", o princípio em questão deve ser observado apenas para a norma penal incriminadora; assim, uma norma penal não incriminadora, para ser aplicável, não precisa ser anterior ao fato (se alguém estiver sendo processado e houver uma modificação no Código Penal, com a introdução de uma nova causa excludente de antijuridicidade, além das existentes, essa descriminante poderá ser imediatamente aplicável, embora a lei que a criou seja posterior ao fato; isso se dá porque trata-se de norma penal não incriminadora).

1.10.2 Lei penal no tempo

1.10.2.1 Princípio *tempus regit actum*

Em matéria de eficácia da lei penal no tempo, o princípio aplicável é o *tempus regit actum*. Isso significa dizer que, se alguém praticar um fato criminoso, a lei a ser aplicável é a lei vigente ao tempo do fato. Em outras palavras, para que se possa aplicar uma lei penal a um fato, primeiro deve existir a lei contemplando aquele fato como criminoso, a lei deverá ser anterior ao fato e deve estar em vigência ao tempo do fato.

Todavia, quando uma lei entra em vigor? O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) estabelece: "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada"; essa é a norma que rege a vigência de uma lei no País. E, com a entrada em vigor, a lei estará apta a produzir seus efeitos, assim permanecendo até sua revogação (art. 2º, LICC).

1.10.2.2 *Vacatio legis*

Ao período compreendido entre a publicação de uma lei e a sua vigência, dá-se o nome de *vacatio legis*. Portanto, o art. 1º da LICC, na falta de estipulação expressa, estabelece, como regra, a *vacatio legis* de 45 dias (logo, o legislador pode modificar esse prazo, mediante disposição expressa, bastando a lei, portanto, estipular prazo diferente para a entrada em vigor – ex.: se a lei estabelecer que entrará em vigor na data da sua publicação, inexiste *vacatio legis*, e, se estabelecer que entrará em vigor em um ano, o prazo de *vacatio legis* será de um ano).

Atenção: Se uma lei penal foi publicada, mas ainda não entrou em vigor (está, portanto, no período da *vacatio legis*), ainda que alguém pratique o fato descrito nesta lei como sendo criminoso, não praticará crime, porque a observância a essa lei só pode ser exigida quando ela entrar em vigor (aplicação do princípio *tempus regit actum*)

Uma lei, publicada, torna-se conhecida por todos; passado o período de *vacatio legis*, ela entra em vigor, e só então pode ser exigida de todos, assim permanecendo até ser revogada. Existem duas formas de revogação:

a. **revogação expressa:** ocorre quando a lei posterior declara expressamente a revogação da anterior;
b. **revogação tácita:** embora a lei não declare expressamente que a lei anterior foi revogada, existe incompatibilidade entre elas.

A revogação parcial de uma lei é conhecida por derrogação, ao passo que a revogação total é chamada ab-rogação.

Atenção: Costume não revoga lei (art. 2º, § 1º, da LICC); a lei só pode ser revogada por outra; portanto, enquanto a lei não for revogada por outra, ela permanece em vigor (cuidado com o dito popular de que no Brasil há leis que não "pegam").

1.10.2.3 Conflito intertemporal (ou conflito de leis penais no tempo)

Conflito intertemporal é o conflito de leis penais no tempo, que ocorre quando leis penais, que tratam do mesmo assunto, mas de modo diverso, sucedem-se no tempo, havendo necessidade de se decidir qual a aplicável (ex : lei A disciplinava um fato e depois a lei B foi aprovada e entrou em vigor, disciplinando o mesmo fato e revogando a lei A; posteriormente, a lei C entra em vigor, revogando a lei B e disciplinando o mesmo fato).

Diante de conflito de leis penais no tempo, e se atendo ao campo do Direito Penal, qual deve ser aplicada? A questão é resolvida pela aplicação conjunta de dois princípios: o da **irretroatividade da lei mais severa** e o da **retroatividade da lei mais benéfica**. Em outras palavras, a lei mais benéfica sempre será aplicada ao réu. É o que se conclui da leitura do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal (presente também no art. 5º, XL, CF): "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". Ou seja, a lei posterior mais gravosa não se aplica aos fatos anteriores, mas, se for mais benéfica, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que já decididos definitivamente.

Atenção: No Direito Penal o conflito intertemporal não se resolve com uma lei posterior revogando a anterior; a solução será dada sempre com a aplicação da lei mais benéfica. Ex.: se, em determinado caso, alguém praticar um fato durante a vigência da lei A e depois advir a lei B, revogando a lei A, qual seria aplicável?

Depende. Se a lei B for mais benéfica para o agente, aplica-se a lei B (que retroagirá, ainda que já haja sentença transitada em julgado), conseqüentemente, a lei A não será aplicada: a lei B será retroativa e a lei A não-ultrativa. Se a lei A for mais benéfica para o agente, ela, embora revogada pela lei B, continuará sendo aplicada no caso concreto: a lei A será ultrativa – porque continua a ser aplicável mesmo depois de revogada – e a lei B, nesse caso, será irretroativa.

As hipóteses de conflito intertemporal mencionadas pela doutrina são:

1.10.2.3.1 *Abolitio criminis*

A *abolitio criminis* ocorre quando lei posterior descriminaliza conduta antes considerada crime. Está prevista no art. 2º, *caput*, do Código Penal: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória".

Portanto, ocorre *abolitio criminis* quando um fato, que era criminoso, deixa de ser crime em razão de lei nova que não mais considera o fato como criminoso.

Exemplo: o crime de adultério – antes previsto no art. 240 do Código Penal da seguinte forma: "Cometer adultério – Pena: detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses" – foi revogado pela Lei n. 11.106/2005; o crime de sedução – antes previsto no art. 217 do Código Penal da seguinte forma: "Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança – Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos" – também foi revogado pela Lei n. 11.106/2005 (ambas são situações de *abolitio criminis*).

Atenção: Segundo o art. 2º, *caput*, do Código Penal, a *abolitio criminis* faz cessar a execução e os efeitos penais (principais e secundários) de eventual sentença penal condenatória, salvo os efeitos civis, que não cessam.

De acordo com o art. 107, III, do Código Penal, a *abolitio criminis* tem natureza jurídica de causa extintiva de punibilidade.

1.10.2.3.2 *Novatio legis* incriminadora

É a situação inversa da *abolitio criminis*. Ocorre quando a lei nova tipifica uma situação como crime, ou seja, uma conduta, antes considerada lícita, passa a ser crime pela lei nova (ocorre, portanto, quando a lei posterior passa a considerar típico – sob o aspecto penal – o que antes era um indiferente penal).

Atenção: Lei nova incriminadora nunca poderá atingir fato pretérito, especialmente por força do princípio da legalidade (lembre-se que não há crime sem lei anterior que o defina).

1.10.2.3.3 *Novatio legis in mellius*

Algumas vezes uma nova lei é editada e, embora mantenha o fato como crime, trata de forma mais benéfica a situação de seu autor. Nesse caso, por ser mais favorável, ela sempre retroage para beneficiar o réu (segundo o art. 2º, parágrafo único, do CP, a lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente deverá ser aplicada aos fatos anteriores, mesmo havendo sentença condenatória transitada em julgado).

1.10.2.3.4 *Novatio legis in pejus*

É uma nova lei que, mantendo o fato como crime, passa a tratar de forma menos benéfica a situação de seu autor. Neste caso, há duas leis penais em conflito: a anterior (mais benigna) e a posterior (mais severa). Aplica-se o Princípio da Irretroatividade da Lei mais Severa, devendo a primeira, então, continuar a ser aplicada (ela será ultra-ativa, ou seja, será aplicada mesmo que já revogada).

Exemplo: A Lei n. 11.340/2006, também conhecida como "Lei Maria da Penha", alterou, entre outros dispositivos, a redação do § 9º e acrescentou o § 11 ao art. 129 do Código Penal, tratando de forma mais gravosa o crime de lesão corporal praticado com violência doméstica; essa lei jamais poderá retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, uma vez que, entre outras medidas, aumentou a pena para esse crime.

Atenção: Combinação de leis

É possível combinar duas leis, por exemplo, uma lei A e uma lei B, sendo a lei A melhor em um aspecto e a lei B em outro? Em outras palavras, aproveitar o que for mais benéfico da lei A e da lei B e aplicar à situação do réu?

Grande parte da doutrina se posiciona no sentido afirmativo: Basileu Garcia, Damásio de Jesus, Frederico Marques, Rogério Grecco, César Roberto Bitencourt, Magalhães Noronha. E o próprio STF já admitiu combinação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU*, 13 mar. 1992, p. 2.925).

Atenção: Competência para aplicação da lei penal mais benéfica

Antes de proferida a sentença, a competência é do juiz de primeiro grau. Durante a fase recursal, a competência é do tribunal encarregado de julgar o recurso. Após o trânsito em julgado da sentença, a competência passará a ser do juiz da execução, não sendo admitida Revisão Criminal (art. 66, I, da LEP – Lei n. 7.210/84– e Súmula 611, do STF).

Portanto, se o agente foi definitivamente condenado, estando em curso a execução da pena, e vier uma lei mais favorável, essa lei, de acordo com o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, deve ser aplicada por ser mais benéfica ao réu, ainda que a sentença já tenha transitado em julgado. Nesse caso, não cabe revisão criminal, e sim aplicar-se o disposto no art. 66, I, da Lei n. 7.210/84 – LEP ("Compete ao juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado"), que também encontramos no enunciado da Súmula 611 do STF ("Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna"), ou seja, cabe pedido de aplicação da lei mais benigna ao juiz das execuções.

1.10.2.4 Crimes permanentes e crimes continuados

Crime permanente é aquele cujo momento consumativo se alonga, protrai-se, perdura no tempo. Crime continuado é espécie de

concurso de crimes e ocorre quando o agente, por meio de mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie em condições objetivas semelhantes, sendo os crimes subseqüentes tidos como continuação do primeiro.

Exemplo: A seqüestra B e a pena do seqüestro (art. 148, CP) é de um a três anos. No dia seguinte, quando A ainda mantém B em seu poder, entra em vigor uma nova lei duplicando a pena do crime de seqüestro e ele é preso. Qual é a lei que se aplica se ele começou o seqüestro na lei melhor e manteve a vítima seqüestrada, tendo sido preso já na vigência da lei mais gravosa? Neste caso, aplica-se a lei nova, embora seja a mais grave. Em se tratando de crime permanente ou de crime continuado, sempre se aplica a lei nova, seja ela melhor ou pior. É o que determina a Súmula 711 do STF ("A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência").

1.10.2.5 Leis temporárias e leis excepcionais

Leis temporárias e leis excepcionais são espécies das denominadas leis intermitentes, feitas para durar por período de tempo determinado. Elas são editadas para regular situações transitórias e, portanto, vigoram por período predeterminado (alguns dizem que elas produzem o fenômeno da auto-revogação, isso porque já trazem no próprio texto quando serão revogadas). Lei temporária é aquela cujo prazo de vigência vem predeterminado no próprio texto. Lei excepcional é a elaborada para vigorar enquanto durar a situação excepcional que a determinou. Estão previstas no art. 3º do Código Penal: "A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência".

Atenção: Embora essas leis tenham prazo de duração, no caso de serem revogadas, seja pelo decurso do tempo de sua duração, seja porque cessadas as ocorrências que a determinaram, elas têm ultra-atividade, ou seja, continuarão sendo aplicadas aos casos que aconteceram durante a sua vigência.

1.10.3 Tempo do crime

Existem três teorias acerca do momento do crime:

a. **atividade:** considera-se praticado o crime no momento da prática da conduta (ação ou omissão), não importando o resultado;
b. **resultado:** considera-se o crime praticado no momento da produção do resultado;
c. **mista ou ubiqüidade:** momento do crime é tanto o da prática da conduta quanto o da produção do resultado.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria da atividade no art. 4º: "Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado". Logo, não importa quando se deu o resultado, e sim o momento da conduta (ação ou omissão).

Exemplo 1: A atirou em B para matá-lo e a bala se alojou na cabeça da vítima. Os médicos não conseguiram removê-la. Alguns meses depois, o projétil se movimenta e B vem a morrer em conseqüência disso. Ainda que tenha passado vários meses, a causa da morte foi o disparo efetuado por A, havendo nexo de causalidade. Assim, A deverá responder por homicídio consumado, devendo-se considerar esse crime praticado no momento da conduta (da ação), ainda que outro tenha sido o momento do resultado.

Exemplo 2: A, quando tinha 17 anos, atirou em B. Um mês depois, quando A já tinha 18 anos, B morreu – o resultado morte do homicídio consumado veio quando A já tinha 18 anos. Ele será considerado imputável ou inimputável? Inimputável, porque quando ele praticou a ação tinha 17 anos. Esse caso deverá ter trâmite na Vara da Infância e Juventude.

1.10.3.1 Conflito aparente de normas

Ocorre o conflito aparente de normas quando duas ou mais normas parecem regular o mesmo fato. Diz-se aparente porque não há, propriamente, conflito, eis que existem princípios que, aplicados ao caso, irão indicar a norma a ser realmente aplicável.

1.10.3.1.1 Elementos

a. existência de uma infração;
b. pluralidade de normas;
c. aparente aplicação de todas as normas à espécie;
d. aplicação exclusiva de somente uma norma à espécie por força de princípios.

1.10.3.1.2 Princípios

a. **Princípio da Especialidade:** a norma especial afasta a aplicação da norma geral (a norma especial é aquela que possui todos os elementos da geral e mais alguns denominados especializantes, daí prevalecer sobre a geral). Ex.: se A atira e mata B para subtrair bens, o enquadramento típico deve ser feito no art. 157, § 3º, do CP (latrocínio), e não no art. 121, § 2º, V, do CP (homicídio qualificado pela conexão teleológica – "para assegurar a execução de outro crime"), isso porque a primeira norma prevê, expressamente, a ação de "matar para subtrair", sendo especial em relação à segunda, que será aplicada quando alguém matar para assegurar a execução de qualquer outro crime.

b. **Princípio da Subsidiariedade:** a norma mais ampla (primária) absorve a menos ampla (secundária); a norma é principal quando descreve um grau maior de lesão ao bem jurídico, restando a aplicação da subsidiária somente quando a principal não incidir ("soldado de reserva"); em outras palavras, a figura típica subsidiária está contida na principal, prevalecendo esta. Ex.: arts. 213 e 146 do CP (o crime de constrangimento ilegal é subsidiário do crime de estupro).

   A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. A primeira ocorre quando a norma, em seu próprio texto, dispõe ser aplicável se outra não o for (ex.: art. 132 do CP). A segunda ocorre quando a norma funciona como elementar ou circunstância legal específica de outra norma (ex.: crime de dano que é subsidiário do crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo).

c. **Princípio da Consunção:** o fato mais grave absorve outros menos graves, quando estes funcionam como meio necessário ou fase normal de preparação ou execução, ou mero exaurimento de outro crime. Importante saber visualizar a relação entre meio e fim. Ex.: em um homicídio cometido com pauladas, não se pune o infrator por lesão corporal, pois este crime é absorvido pelo homicídio; no crime de furto qualificado por rompimento de obstáculo, não se pune a violação de domicílio.

Hipóteses:

1ª **Crime progressivo:** o agente almeja, desde o início, a realização de um resultado mais grave e, para alcançá-lo, pratica diversas lesões ao bem jurídico. O último ato absorve todos os anteriores, ou seja, o agente só responde pelo resultado mais grave, ficando absorvidas as lesões anteriores ao bem jurídico (ex.: o agente pretende, desde o início, matar a vítima e desfere vários golpes até conseguir o intento; nesse caso, o resultado mais grave – o homicídio – absorve os fatos anteriores – as lesões corporais).

2ª **Progressão criminosa:**

- *progressão criminosa em sentido estrito*: inicialmente o agente pretende praticar crime menos grave e, após sua realização, resolve praticar nova infração, mais grave (ex.: o agente, inicialmente, pretende lesionar a vítima, todavia, na seqüência, resolve matá-la; nesse caso o homicídio absorve a lesão corporal).
- *antefactum* não-punível: ocorre quando um crime é realizado como meio necessário para a prática de outro; o primeiro fica absorvido pelo último (ex.: falso e estelionato – Súmula 17 STJ).
- *postfactum* não-punível: depois de realizado o crime, o agente ataca novamente o mesmo bem jurídico, visando aproveitar-se de seu comportamento anterior (ex.: furto e posterior destruição do objeto – o dano é absorvido pelo furto).

d. **Princípio da Alternatividade:** é utilizado quando uma infração puder ser praticada de diversas formas; trata-se dos denominados crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, em que há previsão de mais de uma ação nuclear (verbo); nesse caso, se o agente realizar mais de uma modalidade típica no mesmo contexto fático, haverá somente um crime (ex.: art. 180 do CP – se o agente adquirir, conduzir e ocultar veículo produto de roubo cometerá tão-somente um crime de receptação dolosa).

1.10.4 Lugar do crime

Existem três teorias acerca do lugar do crime:

a. **atividade:** lugar do crime é aquele em que ocorreu a ação ou omissão, a conduta (os atos executórios), sendo irrelevante o local da produção do resultado.;
b. **resultado:** lugar do crime é aquele em que ocorreu a produção do resultado, sendo irrelevante o local da conduta.;
c. **ubiqüidade ou mista:** lugar do crime é aquele em que ocorreu qualquer dos momentos do *iter criminis* – conduta ou resultado –, ou seja, será tanto no lugar da prática dos atos executórios quanto da consumação.

O nosso Código Penal adotou a teoria da ubiqüidade ou mista no art. 6º: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado" (o CP aceita tanto o lugar da atividade quanto o lugar do resultado).

Ocorre, porém, que essa regra tem aplicação nos denominados "crimes à distância ou de espaço máximo", em que um crime tem início no Brasil e consumação no exterior ou vice-versa. Em outras palavras, ocorrendo a conduta ou o resultado no Brasil, o lugar do crime será no território brasileiro. Já no caso de a conduta e o resultado, porém, ocorrerem dentro do território nacional, mas em locais diferentes (delito plurilocal), devemos nos guiar pelo disposto no art. 70 do CPP, que firma a competência pelo lugar em

que a infração atingiu a consumação ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que foi praticado o último ato de execução.

Exemplo: A atirou em B em Goiânia, deixando-o mortalmente ferido, e B é trazido para São Paulo, para um hospital, onde morre após uma semana. Em relação ao tempo do crime, considera-se a conduta, ou seja, o momento da ação (esta ocorreu uma semana antes, quando A atirou em B, aplicando-se a teoria da atividade). Quanto ao lugar do crime, seria Goiânia ou São Paulo?

Aplicando-se a teoria da ubiqüidade ou mista, o lugar do crime seria Goiânia e São Paulo, pois o art. 6º do CP considera praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão (Goiânia), no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (São Paulo). Todavia, tratando-se de crime realizado inteiramente no território nacional, a norma a orientar o caso é a do art. 70 do CPP, ou seja, a competência será ditada pelo lugar em que ocorreu a consumação (por essa regra, o agente deveria ser processado em São Paulo, local onde a morte ocorreu – teoria do resultado –; contudo, a jurisprudência tem entendido que, em caso de homicídio doloso e culposo, em razão da conveniência na colheita da prova, a competência deve ser ditada pelo local onde ocorreu a atividade criminosa).

Atenção: No tocante ao tempo do crime, o Código Penal adotou a teoria da atividade; quanto ao lugar do crime, a teoria da ubiqüidade ou mista; quanto à competência, esta é firmada, geralmente, pelo local onde se verifica a consumação delitiva, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que foi praticado o último ato de execução.

Atenção: A Lei dos Juizados Especiais Criminais – Lei n. 9.099/95 –, no art. 63, estipula que: "A competência será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal".

1.10.5 Lei penal no espaço

O art. 5º do Código Penal estabelece o princípio da territorialidade da seguinte maneira: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional".

Território, juridicamente falando, trata-se do espaço em que o Brasil exerce a sua soberania: nele estão compreendidos os espaços terrestre, marítimo (mar territorial brasileiro) e aéreo correspondente.

Esse princípio, como se vê, é mitigado, pois o próprio dispositivo registra sua aplicação "salvo convenções, tratados e regras de direito internacional". Em razão disso é que se fala que o princípio da territorialidade é temperado, mitigado, relativo, porque podem ocorrer situações, em território brasileiro, em que a lei penal brasileira não será aplicada (por força de convenções, tratados e regras de direito internacional).

Exemplo: Se um diplomata estrangeiro praticar crime de furto em nosso país, ele responderá pela lei do seu país, por força da imunidade penal absoluta. Ele estará totalmente livre da lei penal brasileira (e também da lei processual brasileira).

Atenção: A esse fenômeno pelo qual alguém, praticando crime em nosso país, responde pela lei do seu país de origem, que é o que ocorre com representantes diplomáticos, denominamos intraterritorialidade (lembre-se que, se um brasileiro praticar um crime no exterior e responder pela lei brasileira, ocorre o fenômeno da extraterritorialidade).

1.10.5.1 Territorialidade por extensão

Está previsto no art. 5º, § 1º, do Código Penal: "Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar".

Portanto, além do princípio da territorialidade estampado no *caput* do art. 5º, que determina a aplicabilidade da lei brasileira aos crimes ocorridos no território nacional, há situações em que o legislador, por extensão, considera que os crimes foram cometidos em território nacional, aplicando-se a lei penal brasileira.

Exemplo: Crime ocorrido no interior de um avião público ou privado (a serviço do governo), estando a aeronave pousada em território estrangeiro; aplica-se a lei penal brasileira, nos termos do art. 5º, § 1º, do Código Penal; se a aeronave fosse privada, o crime seria cometido em território estrangeiro, e a única possibilidade de se aplicar a lei brasileira seria pelo princípio da extraterritorialidade (art. 7º do CP).

Exemplo: Brasileiro mata americano em Dallas, no Texas, EUA.

Lugar do crime: Dallas, Texas.

Tempo do crime: no momento da atividade, da conduta.

É possível aplicar o princípio da territorialidade? Não, pois não é território brasileiro.

É possível aplicar o princípio da territorialidade por extensão? Não, porque não está em embarcação ou aeronave nos termos do art. 5º, § 1º, CP.

Conclusão: o crime foi cometido no estrangeiro, e seu agente, em princípio, não pode ser alcançado pela lei brasileira, a menos que se enquadre nas hipóteses do art. 7º do Código Penal e aplicar-se-á o princípio da extraterritorialidade.

Lembre-se também do disposto no art. 5º, § 2º, ou seja, é "também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil".

1.10.6 Extraterritorialidade

Como vimos, é possível que alguém, ainda que tenha praticado crime no território brasileiro (ex.: representantes diplomáticos), não responda pela lei penal brasileira. A esse fenômeno, damos o nome de **intraterritorialidade**. Todavia, o contrário poderá ocorrer, ou seja, alguém, cometendo crime fora do território nacional, poderá responder pela lei brasileira. A esse fenômeno damos o nome de **extraterritorialidade**.

O art. 7º do Código Penal traça as regras referentes à aplicação da lei penal brasileira a crimes ocorridos no exterior: "Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro".

Em algumas situações, aplicamos a lei penal brasileira ao crime praticado no exterior sem qualquer requisito ou condição (art. 7º, inc. I, § 1º, do Código Penal). Trata-se da denominada **extraterritorialidade incondicionada**.

Em outras situações, porém, para a lei brasileira ser aplicável ao crime praticado no estrangeiro, há a necessidade de atendimento de vários requisitos (art. 7º, inc. II, §§ 2º e 3º, do Código Penal). Trata-se da denominada **extraterritorialidade condicionada**.

O inc. I do art. 7º lista as hipóteses de **extraterritorialidade incondicionada**, ou seja, situações em que a lei penal brasileira será aplicada ao caso independentemente de ter o autor do fato sido absolvido ou condenado no estrangeiro. É o que determina o § 1º: "Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro".

Ficam, de acordo com o inc. I, sujeitos à lei brasileira, incondicionalmente, os crimes:

a. contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
b. contra o patrimônio ou a fé pública da União, DF, Estado, Território, Município, empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;
c. contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
d. de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

O inc. II, entretanto, lista as situações de extraterritorialidade condicionada. Aqui se incluem os crimes:

a. que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
b. praticados por brasileiros;
c. praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

Em todas essas situações, a aplicação da lei penal brasileira depende do concurso das condições previstas no § 2º desse mesmo artigo, as quais deverão coexistir, cumulativamente:

a. o agente deve entrar no território nacional;
b. o fato deve ser também punível no país em que foi praticado;
c. o crime deve estar incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
d. o agente não pode ter sido absolvido ou ter cumprido a pena no exterior;
e. o agente não pode ter sido perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, estar extinta sua punibilidade segundo a lei mais favorável.

Exemplo: Brasileiro pratica homicídio nos EUA (esse crime se enquadra como hipótese de extraterritorialidade condicionada – inc. II, alínea *b*, do art. 7º); para que esse brasileiro seja processado aqui, o que é necessário?

1. em primeiro lugar, ele precisa ingressar no País, caso contrário, jamais será processado aqui.
2. ingressando o agente no País, é preciso verificar se o fato é também punível no país em que foi praticado; se o fato é considerado crime no Brasil, porém é lícito no país onde ocorreu, ele não pode ser processado no Brasil.
3. o agente não pode ter sido absolvido, nem tampouco já ter cumprido a pena no estrangeiro.

Atenção: De acordo com o art. 2º do Decreto-Lei n. 3.688/41 – Lei das Contravenções Penais –, não se aplica o princípio da extraterritorialidade às contravenções penais cometidas no estrangeiro: "A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional".

1.10.6.1 Princípios

Alguns princípios são invocados para orientar os casos em que se pode aplicar a lei penal de um país a fatos que ocorreram no exterior:

a. no art. 7º, I, *a*, *b* e *c*, foi adotado o princípio real ou de proteção;
b. no art. 7º, I, *d*, foi adotado o princípio da justiça universal;
c. no art. 7º, II, *a*, foi adotado o princípio da justiça universal;
d. no art. 7º, II, *b*, foi adotado o princípio da personalidade ativa;
e. no art. 7º, II, *c*, foi adotado o princípio da representação;
f. no art. 7º, § 3º, foi adotado o princípio real ou de proteção.

1.10.7 Princípio *ne bis in idem* (ou *non bis in idem*)

Como vimos anteriormente, pode ocorrer de o agente ser processado e condenado no Brasil, ainda que tenha sido processado e condenado no estrangeiro (casos de extraterritorialidade incondicionada). Deverá o agente cumprir as duas penas?

Poderá ocorrer, também, de o agente, embora processado e condenado no estrangeiro, fugir antes de cumprir integralmente a pena e entrar no nosso território, quando, então, poderá ser processado e condenado (extraterritorialidade condicionada). Tendo em conta que cumpriu parte da pena no estrangeiro, deverá, o agente, cumprir integralmente a pena imposta em nosso país?

Em ambos os casos, a resposta, obviamente, é negativa, pois ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Nesse caso, atua o princípio disposto no art. 8º do CP (*non bis in idem*), que prevê: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas". No primeiro caso – diversidade qualitativa (ex.: pena restritiva de direitos cumprida no estrangeiro e pena privativa de liberdade imposta no Brasil) –, a atenuação é obrigatória e o *quantum* será fixado pelo juiz. No segundo caso – diversidade quantitativa (ex.: pena privativa de liberdade tanto no estrangeiro como no Brasil) – cabe ao juiz apenas abater a pena já cumprida da aqui imposta.

1.10.8 Contagem de prazo

O art. 10 do Código Penal estabelece a regra de contagem de prazo: "O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum". Portanto, toda vez que o prazo for considerado de natureza penal, deve-se incluir necessariamente o dia do começo.

Lembre-se, como assinala esse dispositivo, que a contagem dos dias, meses e anos será feita pelo calendário comum.

Exemplo 1: A foi preso hoje, às 23h50, faltando dez minutos para a meia-noite. Quanto tempo ficou preso: dez minutos, um dia ou começa a contar do dia seguinte? Nesse caso, tratando-se de prazo de natureza penal, deve-se contar um dia de prisão, incluindo-se por inteiro o dia do começo.

Exemplo 2: A tinha um ano de pena para cumprir e foi preso dia 05/02/2007, às 23h50. Quando terá cumprido a pena? Em 04/02/2008, após um ano; ele deve ser solto, portanto, até a meia noite desse dia (inclui-se o dia do começo por inteiro, excluindo-se o dia do fim).

Atenção: Dá-se o inverso com a contagem de prazo de natureza processual, isso porque, de acordo com o art. 798 do Código de Processo Penal não se inclui o dia do começo, mas inclui-se o dia do fim (lembre-se do teor da Súmula 310 do STF: "Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir").

1.10.9 Frações não computáveis da pena

De acordo com o art. 11 do Código Penal, nas penas privativas de liberdade, bem como nas penas de multa, desprezam-se as frações de dia, assim como as frações de Real (ou seja, os centavos).

Questões

Princípios

1. (OAB/PR – 2007.1) Sobre os princípios penais de garantia, assinale a alternativa correta:
   (A) limitam o arbítrio do Estado frente ao indivíduo;
   (B) limitam os direitos do acusado em processo penal ou inquérito policial;

(C) informam os deveres do acusado em processo penal ou inquérito policial;
(D) informam os direitos e deveres do acusado, de acordo com o artigo 5º, da Constituição da República, para a garantia do princípio da presunção de não-culpabilidade

2. (OAB/MG – 2007.1) Constitui um dos princípios empregados no concurso aparente de normas:
(A) o da reserva legal;
(B) o da especialidade;
(C) o da irretroatividade maléfica;
(D) o da presunção da inocência.

3. (OAB/CESPE-UnB – 2006.3) O princípio da insignificância considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, entre os quais não se inclui:
(A) a mínima ofensividade da conduta do agente.
(B) nenhuma periculosidade social da ação.
(C) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.
(D) expressividade da lesão jurídica provocada.

Aplicação da lei penal

1. (OAB/PR – 2007.1) Sobre a norma e a lei penal, assinale a alternativa incorreta.
(A) O princípio da retroatividade da lei penal consagra, sem exceções, a aplicação da lei penal posterior mais benéfica.
(B) Quanto à lei penal no tempo, o Código Penal brasileiro adotou a teoria da atividade.
(C) quanto à lei penal no espaço, o Código Penal brasileiro adotou e teoria da ubiquidade.
(D) A retroatividade da lei penal mais benéfica não está limitada pela existência de trânsito em julgado de sentença

2. (OAB/RO – 43º) No que se refere ao tempo do crime, para a teoria da atividade:
(A) considera-se cometido o delito no momento da produção de seu resultado, não se levando em conta a ocasião em que o agente praticou a ação;
(B) considera-se cometido o crime no momento da ação ou da omissão do agente, aplicando-se ao fato lei vigente ao tempo da ação ou da omissão;
(C) o tempo do crime tanto pode ser o momento da ação como o do resultado, aplicando-se qualquer uma das leis em vigor nessas oportunidades;
(D) considera-se cometido o crime no momento da ação ou da omissão do agente, aplicando-se ao fato a lei vigente ao tempo do resultado da ação ou da omissão.

3. (OAB/RS – 2007.2) A lei posterior mais benéfica à norma excepcional tem aplicação:
(A) retroativa.
(B) retroativa, alcançando, inclusive, os efeitos penais de sentença condenatória
(C) ultrativa a partir de sua entrada em vigor, isto é, não se aplica aos crimes praticados durante a vigência da lei excepcional
(D) retroativa, alcançando, inclusive, os efeitos penais e civis da sentença condenatória.

4. (OAB/DF – 2006.3) Dentre as assertivas abaixo, assinale a alternativa correta.
(A) O Código Penal acolhe em caráter absoluto o princípio da territorialidade, pelo qual a lei brasileira é aplicada em todo território nacional, independente da nacionalidade do autor e da vítima do crime.
(B) Seguindo o critério objetivo adotado pelo Código Penal, é de se dizer que os atos preparatórios são punidos a título de tentativa
(C) Em relação ao lugar do crime, o Código Penal vigente adotou a teoria da atividade
(D) O princípio da retroatividade benigna não se aplica às hipóteses da lei excepcional ou temporária, nos termos do art. 3º, do Código Penal

5. (OAB/RS – 2007.2) Diego, argentino, é vítima de crime praticado por Tatiana, uruguaia, a bordo de embarcação mercante brasileira, localizada em águas territoriais chilenas. Neste caso, o Brasil poderá aplicar sua legislação penal:
   (A) incondicionadamente pelo princípio da defesa.
   (B) desde que cumpridas as condições do art. 7º, § 2º, do Código Penal, pelo princípio da justiça universal.
   (C) desde que cumpridas as condições do art. 7º, § 2º, do Código Penal, pelo princípio da representação.
   (D) desde que cumpridas as condições do art. 7º, § 2º, do Código Penal, pelo princípio da representação (art. 7º, inc. II, *c*, do CP), e desde que o Chile não aplique sua legislação penal.

Gabarito

Princípios

1. A
2. B
3. D

Aplicação da lei penal

1. A
2. B
3. C
4. D
5. D

2

Teoria do Crime

2.1 Infração penal

Infração penal é gênero, do qual são espécies: i) crime ou delito e ii) contravenção. Há países que adotam uma divisão tricotômica ou tripartida: crime, delito e contravenção. O Brasil adota, portanto, uma divisão dicotômica, bipartida.

Atenção: Como diferenciar crime de contravenção? Ontologicamente, inexiste diferença entre ambos. A distinção é político-criminal, ou seja, cabe ao legislador avaliar o grau de violação expiada e a sanção necessária. A distinção, portanto, se faz pela natureza da pena imposta. De acordo com o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei n. 3.914, de 09 de dezembro de 1941):

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Portanto, reclusão e detenção são penas privativas de liberdade reservadas para crimes, e prisão simples para contravenções penais.

Atenção: Não existe crime com pena cominada (ou abstrata), tão-somente de multa; será sempre reclusão ou detenção, isoladamente, ou alternativa ou cumulada com pena de multa; todavia, se a pena abstrata for privativa de liberdade ou multa (forma alternativa), o juiz poderá optar e aplicar (pena concreta) somente multa.

2.2 Conceito de crime

Há três conceitos de crime: conceito material, conceito formal e conceito analítico (ou estratificado) de crime.

a. **Conceito material:** é a lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade.
b. **Conceito formal:** é a conduta abstrata descrita no tipo.
c. **Conceito analítico (ou estratificado):** enquanto alguns afirmam que crime é fato típico, antijurídico e culpável (teoria tricotômica ou tripartida), outros entendem que crime é fato típico e antijurídico, enquanto a culpabilidade figura como pressuposto para a aplicação da pena (teoria dicotômica ou bipartida); para os que adotam a primeira teoria, se alguém que realiza a conduta típica e antijurídica não tiver culpabilidade, não praticou crime; já para os adeptos da segunda teoria, se o agente não foi culpável, ele não merece pena, embora tenha praticado crime.

2.3 Elementar e circunstância

Elementar é todo dado tipificante, primário, essencial do delito, que interfere na sua tipificação, ao passo que circunstância do crime é todo dado acessório e secundário que influi somente no montante de pena.

Exemplo: A expressão "funcionário público", presente tanto no art. 319 quanto no art. 150, § 2º, do Código Penal, é elementar ou circunstancial?

O art. 319 do Código Penal, define o crime de prevaricação: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal". Se alguém estiver sendo processado por prevaricação e, no curso do processo, provar que não era funcionário público ao tempo da ação criminosa, o crime (prevaricação) não existiu. Trata-se, portanto, de atipicidade absoluta, porque inexiste o crime de prevaricação e qualquer outro. Ou seja, funcionário público, nesse caso, figura como elementar, é um dado necessário e tipificante do delito. Não existindo a condição de funcionário público por parte do agente, não existe o crime de prevaricação, pois somente o funcionário público pode praticar esse tipo de crime.

O art. 150 do Código Penal prevê o crime de violação de domicílio. O seu § 2º diz: "Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público...". A expressão "funcionário público", nesse caso, só está sendo utilizada para aumentar a pena. Logo, esse dado funciona como circunstância.

Exemplo: O que vem a ser a expressão "repouso noturno" no art. 155, § 1º, do Código Penal: "A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno"? Trata-se de circunstância, porque, se o crime ocorrer fora do repouso noturno, é furto simples, e, se ocorrer durante o repouso noturno, é furto com pena aumentada.

2.3.1 Circunstâncias judiciais e legais

As circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal são chamadas de "circunstâncias judiciais" e servem para modular a pena-base.

As circunstâncias chamadas legais podem ser: i) genéricas, quando estão previstas na Parte Geral do Código Penal, como os arts. 61, 62 e 65, do Código Penal (as chamadas agravantes e atenuantes genéricas), ou ii) especiais ou específicas, quando previstas na parte especial, como o art. 155, § 1º, do Código Penal ("repouso noturno").

2.4 Sujeito ativo do crime

Sujeito ativo é o agente que pratica o comportamento descrito no tipo penal (autor) ou concorre de qualquer forma para a prática infrativa (partícipe). Portanto, autor (executor direto) e partícipe (executor indireto) são os sujeitos ativos de um crime. Se há mais de um autor, diz-se que o crime foi praticado em co-autoria. Se houver mais de um partícipe, diz-se que o crime foi praticado em co-participação.

Atenção: Terminologias utilizadas:

a. **investigado/indiciado:** durante o inquérito policial;
b. **denunciado:** quando houve denúncia pelo Ministério Público;
c. **acusado/réu:** durante o tramitar do processo;
d. **sentenciado, condenado, preso, detento ou recluso:** quando há sentença condenatória;
e. **autor do fato:** sujeito ativo de infração de menor potencial ofensivo (utilizada no termo circunstanciado).

Em algumas oportunidades, o legislador exige do sujeito ativo uma especial capacidade (de direito, de fato etc.), ou seja, exige um sujeito ativo qualificado (ex.: precisa ser funcionário público para existir a prevaricação do art. 319 do Código Penal; precisa ser funcionário público para haver o peculato do art. 312; precisa ser mãe para ocorrer o crime de infanticídio do art. 123). Esse crime é denominado **crime próprio**, pois não pode ser cometido por qualquer pessoa.

Exemplo: Receptação qualificada (art. 180, §§ 1º e 2º, do Código Penal): o § 1º dispõe que só pratica receptação qualificada quem está no exercício de atividade comercial ou industrial (logo, é crime próprio, pois exige que o autor seja comerciante ou industrial).

Em outras, o legislador exige que o agente pratique pessoalmente o crime. Trata-se do denominado **crime de mão própria**, também chamado de crime de atuação pessoal ou de conduta infungível (esse crime nunca tem co-autoria, podendo ter, porém, participação).

Exemplo: O crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal, somente pode ser praticado pela testemunha; já o crime do art. 124 do Código Penal – o auto-aborto – somente pode ser praticado pela gestante.

Atenção: A diferença fundamental entre crime de mão própria e crime próprio é que no crime de mão própria não existe co-autoria (somente o autor pode cometê-lo), enquanto que no crime próprio pode haver mais de um autor.

Pessoa jurídica pode ser sujeito ativo de crime? Sim, de acordo com a Lei dos Crimes Ambientais – Lei n. 9605/98 – sendo a única hipótese em que o sujeito ativo pode ser pessoa jurídica.

2.5 Sujeito passivo

O sujeito passivo pode ser:

a. **sujeito passivo constante ou formal:** é sempre o Estado por ser o responsável pelo ordenamento penal e titular do *ius puniendi*;
b. **sujeito passivo eventual ou material:** é o titular do bem jurídico penalmente protegido.

Alguns tipos penais possuem apenas um bem jurídico tutelado, por exemplo, o crime de furto (art. 155 do CP), no qual há tutela apenas do bem jurídico patrimônio. Portanto, o titular desse bem jurídico é sujeito passivo. Já outros tipos penais tutelam mais de um bem jurídico, por exemplo, o crime de roubo (art. 157 do CP), em que a tutela se estende à incolumidade física, à incolumidade psíquica, à vida (caso de latrocínio) e ao patrimônio. Então, no caso do roubo, pode haver mais de um sujeito passivo eventual ou material. Serão assim considerados todos os titulares de bens jurídicos violados ou ameaçados pelo crime.

Atenção: Podem figurar como sujeito passivo de crime:

- a pessoa física e jurídica (inclusive nos crimes contra a honra – art. 139 do CP);

- o incapaz e nascituro (ex.: crime de aborto) – ambos são titulares de direito;
- a família e coletividade (ex.: art. 233 do CP – ato obsceno) – no caso em que o sujeito passivo é indeterminado, os crimes são denominados "crimes vagos";
- o Estado, que pode figurar ao mesmo tempo como sujeito passivo constante ou formal e eventual ou material (como no caso do crime de dano ao patrimônio público).

Atenção: Alguém pode ser sujeito ativo e passivo do crime ao mesmo tempo? A resposta é negativa, isso porque ninguém pode praticar crime contra si mesmo; é a aplicação dos princípios da alteridade e da transcendência: para que exista crime, o agente tem que violar ou ameaçar bem jurídico de terceiro, ou seja, deve ultrapassar a sua esfera individual.

E quanto ao art. 171, § 2º, V, do CP, que dispõe ser crime quando alguém lesiona o próprio corpo para receber indenização ou o valor do seguro? Ora, lesionar o próprio corpo não é crime; o problema é que, quando o agente o faz para receber seguro, ele está cometendo crime contra a seguradora (pessoa jurídica), então, há violação de bem jurídico de terceiro, daí a existência de crime contra o patrimônio.

2.6 Objeto do crime

Objeto do delito é o bem visado no momento do comportamento humano. Apresenta as seguintes espécies:

a. **objeto jurídico (ou objetividade jurídica):** é o bem ou o interesse tutelado pela lei penal, como a vida, o patrimônio, a honra etc.

Exemplo: No homicídio – art. 121 do CP – o objeto jurídico é a vida; no furto – art. 155 do CP –, é o patrimônio.

b. **objeto material:** é a pessoa ou a coisa atingida pela conduta do sujeito ativo, ou seja, a pessoa ou coisa sobre a qual recai, incide a conduta criminosa, por exemplo, o homem vivo (no homicídio), a coisa (no furto) etc.

Exemplo 1: A furtou a bolsa de B: A é o sujeito ativo, B é o sujeito passivo, o objeto jurídico é o patrimônio. Qual é o objeto material? É a coisa (a bolsa).

Exemplo 2: A espancou B e subtraiu sua bolsa: o sujeito ativo é A, o sujeito passivo, B, o objeto jurídico é não somente o patrimônio como também a incolumidade física violada pelo crime e o objeto material é a bolsa e a pessoa de B (violência física).

Atenção: É possível que haja coincidência entre o sujeito passivo do crime e o objeto material, como no homicídio.

2.7 Classificação doutrinária dos crimes

- **Comuns:** descritos no CP.
- **Especiais:** descrito nas legislações especiais.
- **Comuns:** aqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa.
- **Próprios:** exigem qualidade especial do sujeito ativo (sujeito ativo qualificado).
- **De mão própria (de atuação pessoal ou conduta infungível):** só podem ser cometidos pelo sujeito em pessoa, não havendo co-autor.
- **De dano:** para a consumação, é necessária a efetiva lesão do bem jurídico.
- **De perigo:** a consumação se dá com a simples possibilidade do dano.
- **Materiais:** é imprescindível a ocorrência do resultado desejado pelo agente.
- **Formais (de consumação antecipada, de evento naturalístico cortado ou tipo penal incongruente):** consumam-se independentemente da ocorrência do resultado (se este ocorrer, haverá exaurimento).
- **De mera conduta:** são aqueles em que não há resultado naturalístico.
- **Comissivos:** praticados mediante ação.
- **Omissivos:** praticados mediante omissão; podem ser próprios (basta a abstenção do ato, independente de resultado posterior),

ou impróprios ou comissivos por omissão (em decorrência da omissão, há a produção de resultado posterior que o vincula)

- **Instantâneos:** consumam-se em um único momento.
- **Permanentes:** são aqueles em que o momento consumativo alonga-se, prolonga-se, protrai-se no tempo.
- **Instantâneos de efeitos permanentes:** são crimes que, embora instantâneos, têm suas conseqüências protraídas no tempo.
- **Simples:** apresenta tipo penal único.
- **Complexos:** compõem-se de dois ou mais tipos penais.
- **Unissubsistentes:** são aqueles que se perfazem em um único ato (não admitem tentativa).
- **Plurissubsistentes:** são aqueles que se perfazem com vários atos (admitem tentativa).
- **Monossubjetivos ou unissubjetivos:** são aqueles que podem ser cometidos por um único agente.
- **Plurissubjetivos:** exigem mais de um autor.
- **Culposos:** o sujeito dá causa ao resultado (de forma involuntária) por imprudência, negligência ou imperícia.
- **Dolosos:** quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado.
- **Preterdolosos:** a ação causa um resultado mais grave que o pretendido pelo agente; há dolo no antecedente e culpa no conseqüente.
- **Simples:** é o descrito na forma típica fundamental.
- **Privilegiados:** quando o legislador agrega ao tipo fundamental circunstâncias que diminuem a pena.
- **Qualificados:** quando o legislador agrega circunstâncias à figura típica que aumentam a pena.
- **Qualificados pelo resultado:** são aqueles aos quais o legislador acrescenta um resultado que aumenta a sanção abstratamente imposta no preceito secundário.
- **De ação múltipla ou de conteúdo variado:** o tipo penal descreve diversas modalidades de condutas.
- **De forma livre:** admite-se qualquer meio de execução.

- **De forma vinculada:** o modo de execução é descrito pela norma.
- **Habitual:** a conduta criminosa é praticada de forma reiterada.
- **À distância (ou de espaço máximo):** a execução do crime ocorre em um país e o resultado em outro.
- **Pluriofensivos:** a conduta criminosa lesa ou causa perigo de dano a mais de um bem penalmente tutelado.

2.8 Fato típico

Conforme já analisamos anteriormente, se adotarmos o critério dicotômico (ou bipartido), crime é **fato típico** e antijurídico, e, se adotarmos o critério tricotômico (ou tripartido), crime é **fato típico**, antijurídico e culpável. Ou seja, adotada uma ou outra orientação, o fato típico é o primeiro requisito para que haja crime.

São os seguintes os elementos do fato típico:

a. conduta;
b. resultado;
c. nexo causal ou relação de causalidade (incluída a imputação objetiva);
d. tipicidade.

2.8.1 Conduta

Conduta é a ação ou omissão humana, voluntária e consciente, dolosa ou culposa, dirigida à determinada finalidade.

2.8.1.1 Voluntariedade

O primeiro aspecto a ser estudado na conduta é a voluntariedade, eis que requisito essencial da conduta. Sem voluntariedade não há conduta tipicamente relevante. Portanto, a conduta será penalmente relevante se houver ato voluntário por parte do agente; se tal não ocorrer (como se dá, por exemplo, na coação física irresistível), não haverá conduta (penalmente relevante), conseqüentemente a conduta será atípica (atípico penal).

Exemplo: A, agindo sob **coação física irresistível** (por parte de B), matou C. Considerando-se que não houve voluntariedade por parte de A (a coação era física e irresistível), não há conduta tipicamente relevante, portanto, o fato praticado por A é atípico. Nesse caso, B (o coator) responderá pela coação exercida – por constrangimento ilegal – e pelo crime que A praticou – por homicídio.

Atenção: Só se exige voluntariedade quando o crime é doloso? Não, cuidado para não confundir vontade de atingir o resultado (dolo) com voluntariedade na conduta. Para que exista conduta tipicamente relevante, é preciso voluntariedade por parte do agente, e isso ocorre tanto na conduta dolosa quanto na conduta culposa.

Exemplo de voluntariedade na conduta dolosa: A quer matar B, pega um revólver e dispara em direção à vítima, matando-a. A apertou o gatilho (portanto, havia voluntariedade na conduta) com a intenção de matar B (também queria o resultado), logo, o crime é doloso.

Exemplo de voluntariedade na conduta culposa: A está dirigindo seu veículo, indo para a faculdade, está atrasado e não quer perder a aula. Ao chegar no semáforo, que está "vermelho", A decide cruzá-lo mesmo assim (houve voluntariedade na conduta) e atropela uma pessoa (ele não queria o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, tendo-o causado por imprudência), logo o crime é culposo.

Nas duas situações, como se pode notar, houve voluntariedade por parte do agente na conduta, todavia, na primeira, ele quis o resultado e, na segunda, ele não quis nem assumiu o risco de produzi-lo, daí porque o primeiro é crime doloso e o segundo crime culposo.

2.8.1.2 Consciência

O segundo aspecto para que haja conduta penalmente relevante é a consciência por parte do agente. Somente atos realizados de forma consciente merecem reprovação penal. Assim, a conduta de quem age sem consciência será penalmente irrelevante (atípica).

Exemplo: A quer se vingar de B, seu vizinho e desafeto. Um dia, a empregada de B pede a A "tempero para comida" e A lhe entrega um vidro contendo veneno que a empregada acaba usando, sem saber que se tratava

de veneno, para preparar a refeição. B, após comer, é envenenado e morre. Quem responde pelo crime? A empregada não pode responder pelo crime, nem como autora, nem como partícipe, pois não tinha consciência de que utilizou veneno para preparar a refeição. Nesse caso, ela foi mero instrumento, sua conduta é penalmente irrelevante, portanto atípica. Somente A responderá pelo homicídio (como autor mediato – se adotada a teoria restritiva – ou como autor – se adotada a teoria do domínio do fato). Isso também acontece quando alguém se vale de pessoa drogada ou totalmente alcoolizada para praticar um crime.

2.8.1.3 Dolo ou culpa

A conduta, para ser penalmente relevante, portanto típica, deve ser dolosa ou culposa. Isso se deve à teoria finalista da ação, adotada pelo CP brasileiro. Não havendo dolo ou culpa por parte do agente, a conduta será atípica.

2.8.1.4 Ação ou omissão

As formas da conduta são: ação e omissão.

a. **Crimes praticados por ação:** são aqueles em que o núcleo do tipo revela um comportamento positivo, um "fazer"; quando os crimes são realizados por ação, denominam-se **crimes comissivos** (o crime comissivo, portanto, não apresenta maiores dificuldades, uma vez que a ação prevista no núcleo do tipo traduz um modo positivo de agir, por exemplo, "matar", "subtrair" ou "fabricar").
b. **Crimes praticados por omissão:** aqui não há simplesmente um "não fazer", mas o agente "deixa de fazer algo que a lei determina" (dever jurídico de agir) e "que deveria ser feito no caso concreto"; em outras palavras, o agente somente responde pelo crime por omissão se havia, de sua parte, dever jurídico de agir e ele se omitiu, não agindo como era seu dever, o que impõe reconhecer que o nexo de causalidade no crime omissivo é normativo ou jurídico (teoria jurídica ou normativa), ou seja,

a obrigação de agir deriva da norma e, não ocorrendo, impõe a responsabilização do agente; quando os crimes são realizados por omissão, denominam-se **crimes omissivos**.

Os crimes omissivos apresentam as seguintes espécies:

- **crimes omissivos próprios** – são aqueles em que o legislador descreve uma conduta omissiva, devendo o agente, portanto, agir para não incidir no tipo penal (tem o dever de agir pela norma), todavia, a norma penal não aponta um resultado naturalístico resultante da omissão (na verdade, são crimes de mera conduta), e, assim, a consumação se dá independentemente de produção de resultado naturalístico. Ex.: art. 135, *caput*, CP – omissão de socorro –; o agente responderá pelo crime devido à omissão, ainda que nenhum resultado posterior venha a ocorrer (esses crimes são também chamados de "crimes de simples desobediência", pois a lei pune o indivíduo apenas porque não cumpriu o comando imperativo e mandamental da norma, sem atrelar qualquer resultado posterior lesivo);
- **crimes omissivos impróprios** (ou impuros, ou comissivos por omissão) – são aqueles em que o agente se omite, mas há dever jurídico de agir de sua parte (portanto, deveria agir para evitar um resultado lesivo) e ocorre um resultado naturalístico (que deveria ser evitado pelo agente) que o vincula; o agente tem o dever jurídico de agir para evitar o resultado lesivo, respondendo por este se não o evitar (note que o agente, na verdade, não causou o resultado naturalístico, mas, como não o evitou, e era seu dever fazê-lo, isso impõe a sua responsabilização).

Os crimes omissivos impróprios estão previstos no art. 13, § 2º, do Código Penal, ou seja, apenas responderá por eles aqueles que têm o dever jurídico de evitar o resultado, sendo as seguintes hipóteses:

- alínea *a* – quando o agente "tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância". Ex.: se a mãe que, pelo poder familiar, tem o dever de alimentar o filho não o faz, podendo fazê-lo, vindo a criança a morrer, responde por homicídio, porque tinha o dever jurídico de evitar o resultado lesivo;
- alínea *b* – quando o agente "de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado". Ex.: o salva-vidas de um clube, contratado para tanto, tem o dever de impedir afogamentos na piscina e, se não o fizer em um caso concreto, podendo fazê-lo, responderá pela morte da vítima;
- alínea *c* – quando o agente, "com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado". Nesse caso, se o agente, em razão de conduta anterior, cria o risco da ocorrência do resultado. Ex.: A empurra pessoa idosa na piscina, e esta, não sabendo nadar, começa a se afogar, deve A adotar todas as medidas para tirá-la e salvá-la, e se não o fizer, podendo fazê-lo, responderá pela morte da vítima.

Atenção: O agente somente será responsabilizado quando, nos termos do art. 13, § 2º, do CP, "...devia e podia agir para evitar o resultado...", ou seja, não basta ter o dever jurídico de agir, mas também ser hipótese em que podia agir para evitar o resultado lesivo; se não podia mais evitar o resultado, embora devesse, não haverá responsabilização de sua parte [as condicionantes são cumulativas: somente quando aquele que se omitiu **devia e podia** (exige-se o binômio) agir para evitar o resultado é que responde pelo resultado].

Caso fortuito e força maior – ambos excluem dolo e culpa (conduta); logo, não há responsabilização penal nesse caso.

2.8.2 Resultado

Duas teorias são empregadas no tocante ao resultado.

a. **Teoria naturalística:** para essa teoria, resultado é a transformação que a conduta criminosa provoca no mundo exterior; em outras palavras, o resultado é aferido pela modificação do

mundo exterior, perceptível aos sentidos, causada pela conduta (para essa teoria, há crimes sem resultado).

b. **Teoria jurídica ou normativa:** para essa teoria, resultado é a lesão (dano) ou ameaça de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado pelo ordenamento, ou seja, o resultado é aferido pela ofensividade ou lesividade que a conduta apresenta a um bem jurídico (portanto, se uma conduta não causar lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico, haverá irrelevância jurídica do resultado, e, sem resultado jurídico, o fato será atípico)

Assim, podemos concluir: **há crime sem resultado naturalístico** (por exemplo, os crimes formais e os crimes de mera conduta, lembrando-se que os crimes materiais, se tentados, também não têm resultado), todavia, **não há crime sem resultado jurídico** (isso porque só há crime se houver lesão ou ameaça a bem jurídico). Por essa razão, os denominados delitos de bagatela, também chamados delitos mínimos ou de lesão mínima, em razão da ausência de resultado juridicamente relevante, são atípicos penais.

De acordo com a teoria naturalística (portanto, quanto ao resultado naturalístico), os crimes podem ser materiais, formais ou de mera conduta.

a. **Crimes materiais:** são aqueles que descrevem conduta e exigem produção de resultado naturalístico para se aperfeiçoarem, ou seja, a consumação só é atingida com a produção do resultado (exemplos: furto, lesões corporais, homicídio).

b. **Crimes formais:** são aqueles que descrevem conduta e resultado (o resultado está no tipo), todavia, o legislador não exige a produção do resultado para a consumação. São também chamados de crimes de consumação antecipada ou tipo penal incongruente. Ex.: o art. 158 do Código Penal prevê o crime de extorsão; note que há a conduta – "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça" – e o resultado – "com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica" –, todavia, o legislador não exige a produção do resultado para que o

crime atinja a consumação (essa conclusão se extrai da expressão "com o intuito de", ou seja, toda vez que o legislador utiliza, no tipo penal, as seguintes expressões: "com o intuito de", "com o objetivo de", "com a finalidade de", "para a especial finalidade de", "para o fim de", ele se contenta "com a conduta dirigida a essa finalidade", não exigindo a produção do resultado).

c. **Crimes de mera conduta:** são aqueles em que o legislador apenas descreve o comportamento (a conduta), não existindo resultado naturalístico que o vincule. Ex.: o art. 135, *caput*, do Código Penal – omissão de socorro.

De acordo com a teoria jurídica ou normativa (portanto, quanto ao resultado jurídico ou normativo), os crimes podem ser de dano (ou de lesão) e de perigo.

a. **Crimes de dano ou de lesão:** são aqueles que se aperfeiçoam com a efetiva lesão do bem jurídico (exemplos: lesões corporais, homicídio); a ausência da lesão pode configurar tentativa ou um indiferente penal.

b. **Crimes de perigo:** são aqueles que se aperfeiçoam com a ocorrência da mera probabilidade de dano, ou seja, a consumação se dá com a simples criação do perigo (o perigo, nesses casos, pode ser concreto – precisa ser comprovado, por exemplo, no crime do art. 132 do CP – e abstrato, ou seja, presumido, quando não necessita demonstração, como ocorre, por exemplo, nos crimes do art. 130 do CP e art. 33 da Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006).

2.8.3 Nexo de causalidade

Nexo causal é o vínculo, o liame estabelecido entre conduta e resultado naturalístico (portanto, somente é aferido nos crimes que exigem resultado, o que não ocorre nos crimes formais e de mera conduta). O estudo do nexo causal, portanto, só tem importância nos crimes cuja consumação depende do resultado naturalístico: crimes materiais e crimes omissivos impróprios (art. 13, § 2º, do CP).

Em outras palavras, estabelecer nexo de causalidade nada mais é que estabelecer qual é a conduta ou as condutas que deverão responder por um resultado naturalístico.

2.8.3.1 Teoria da equivalência dos antecedentes causais

O Código Penal adotou, no art. 13, *caput*, 2ª Parte, a **teoria da equivalência dos antecedentes causais** (ou *conditio sine qua non*): "... Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". Ou seja, é considerada causa de um crime toda conduta que contribui para a produção do resultado.

Thyrén, para aferir a contribuição de uma conduta para a eclosão do resultado, criou o denominado **procedimento hipotético de eliminação:** se a conduta, excluída da cadeia de causalidade, não interferir no resultado, não será considerada causa. Mas, se de qualquer forma interferir com o resultado, será considerada sua contribuição causal.

Todavia, uma questão se apresenta. Se toda e qualquer conduta que interferir com o resultado será considerada, tida como contribuinte causal do resultado, isso não levaria a um *regressus ad infinitum*, ou seja, isso não estenderia demais a responsabilização? Em um homicídio, por exemplo, seriam alcançados o fabricante e o comerciante que vendeu a arma? A resposta é evidentemente negativa, porque a teoria da equivalência dos antecedentes causais não resolve, sozinha, o problema do nexo de causalidade. Nesse caso, embora a conduta de ambos, fabricante e comerciante, possa ser considerada sob o aspecto da causalidade física, como eles não agiram com dolo, não poderão ser responsabilizados (estaria faltante o nexo de causalidade psíquica).

Exemplo: A chama um taxista e pede que leve algumas mercadorias para determinado local. Todavia, essas mercadorias são produtos de furto, e B (o taxista) desconhece isso. Houve contribuição causal por parte de B? A resposta é afirmativa, pois sem B, A não consumaria o furto. Todavia, por desconhecer a origem das mercadorias, eis que realizava simples "corrida de táxi", B, que não agiu com dolo, evidentemente, não responderá pelo crime.

Portanto, ainda que, em princípio, alguém possa ser tido como responsável pelo resultado (nexo de causalidade física ou material), poderá não responder pelo crime em virtude de não ter agido com dolo ou culpa (nexo de causalidade psíquica).

2.8.3.2 Superveniência de causa relativamente independente – art. 13, § 1º, do CP

Ainda quanto ao nexo de causalidade, há um terceiro aspecto a ser analisado. O Código Penal traz regra especial no art. 13, § 1º: "A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou". Em outras palavras, se alguém praticou um crime e, depois, sobreveio uma causa superveniente, relativamente independente, e esta, por si só, der causa a resultado mais grave, não há nexo de causalidade, por expressa disposição legal, entre a conduta do agente e o resultado mais grave, ou seja, o agente somente responde pelos fatos anteriores, e não pelo resultado mais grave (que será tributado à causa superveniente).

Exemplo: A sai de casa armado para matar B, seu vizinho. Ao encontrá-lo na rua, atira, mas B não morre. A praticou tentativa de homicídio. Logo depois, uma ambulância leva B para o hospital. No trajeto, em um cruzamento, a ambulância bate em um caminhão, a porta da ambulância se abre e B é arremessado para fora, bate a cabeça violentamente no chão e morre. E o laudo pericial aponta que B morreu da pancada na cabeça, não em razão dos disparos de arma de fogo.

Nesse caso, A responde por tentativa de homicídio (fatos anteriores) ou por homicídio? Seria tributada a A a morte de B, se esta veio, exclusivamente, da causa superveniente (acidente de trânsito)?

Bem, nesse caso, houve causa superveniente (a batida da ambulância com o caminhão). E é relativamente independente (porque se A não tivesse atirado em B, este não estaria dentro da ambulância). Ela (a causa superveniente), por si só, causou o resultado mais grave? Sim, pois B morreu em razão do acidente e de ter batido a cabeça, e não em razão dos tiros. Portanto, A responde apenas por tentativa de homicídio (art. 13, § 1º, do CP).

2.8.3.3 Causalidade na omissão

Como se resolve o nexo de causalidade na omissão?

Como dissemos antes, o estudo do nexo causal só tem importância nos crimes cuja consumação depende de resultado naturalístico: crimes materiais e crimes omissivos impróprios (art. 13, § 2º, do CP).

Nos crimes omissivos impróprios, o nexo de causalidade não se estabelece no plano físico, material, isso porque a omissão (o não-agir), fisicamente, nada produz (não se aplica, pois, a teoria naturalística). No plano omissivo, o nexo de causalidade é jurídico ou normativo, ou seja, o agente responde pelo resultado **não porque o causou**, e sim porque **não o evitou**, daí por que somente responde pelo resultado aquele que tinha o **dever jurídico** de impedir a sua produção (art. 13, § 2º, do CP).

2.8.4 Imputação objetiva

Examinaremos, aqui, a aplicação da teoria da imputação objetiva no tocante ao nexo de causalidade. Isso porque uma das aplicações da imputação objetiva é regular o nexo de causalidade, limitando-o em algumas situações.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que, para a teoria da imputação objetiva, um resultado só pode ser atribuído a alguém se essa pessoa deu causa a ele, criando um risco proibido, e se esse resultado era previsível e dirigível pelo agente. Caso isso não ocorra, o agente não responderia pelo resultado.

Exemplo: A andava de bicicleta, atropelou B, causando-lhe um pequeno ferimento na perna. Tendo levado a vítima ao hospital, o atendimento foi deficiente e B acabou morrendo dias depois, isso porque o mau atendimento ocasionou uma infecção no local do ferimento que, por fim, o levou à morte. Por qual crime A deve responder?

Ao levar B para o hospital, A criou um risco permitido (e não proibido), isso porque o caso exigia socorro imediato. E o atendimento deficiente, no hospital, era dirigível por A? Não, estava fora de seu controle. Portanto,

aplicando-se a teoria da imputação objetiva (melhor: teoria da não-imputação), A deve responder apenas por lesão corporal culposa (dentro do campo de risco que ele criou).

2.8.5 Tipicidade

O tipo alberga a descrição abstrata de um comportamento considerado criminoso pela legislação penal. É o tipo que individualiza a conduta lesiva a um ou mais bens jurídicos e que configura crime. Em conseqüência, se uma conduta se enquadra nessa definição típica abstrata contida na lei penal, dizemos que há tipicidade da conduta. Se não há enquadramento, a conduta será atípica.

Tipicidade, portanto, nada mais é que estabelecer a ligação fato-tipo (contido na norma penal incriminadora), ou seja, é ligar a conduta praticada por alguém ao tipo penal. Se isso ocorrer, o fato é típico, senão, o fato se revela atípico.

Assim, podemos conceituar tipicidade como o enquadramento, a subsunção, a correlação ou a absoluta correspondência da conduta praticada pelo sujeito ativo à definição típica legal. A ausência do tipo não poderá ser suprida pela analogia, eis que feriria o princípio de reserva legal.

Esse processo, pelo qual se faz a ligação fato-tipo, denomina-se adequação típica. Esta se verifica quando há correlação da conduta realizada pelo agente à norma penal.

2.8.5.1 Formas da adequação típica

a. **Adequação típica por subordinação imediata ou direta:** ocorre quando há perfeita correlação entre conduta e tipo, sem a necessidade de qualquer outra norma para o enquadramento típico (ex.: A matou B a tiros – a conduta de A se enquadra imediatamente, diretamente, no art. 121, *caput*, do CP).
b. **Adequação típica por subordinação mediata ou indireta:** dá-se quando a conduta não se enquadra de forma direta ao tipo e

há necessidade de se encontrar uma norma de extensão típica na parte geral.

Exemplo 1: A atirou e matou B – o enquadramento típico será feito diretamente no art. 121, *caput*, do CP. Ou seja, tratando-se do autor e de crime consumado, a adequação típica é imediata, direta, sem a necessidade de qualquer norma de extensão típica.

Exemplo 2: Se A atirou em B e não o matou por circunstâncias alheias à sua vontade, praticou tentativa de homicídio – o enquadramento, no caso de crime tentado, será feito com a norma de extensão temporal do art. 14, inc. II, do CP (a conduta de A será enquadrada tipicamente no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inc. II, do CP). Diz-se que houve adequação típica por subordinação mediata ou indireta por extensão ou ampliação temporal.

Exemplo 3: Se A atirou em B e teve auxílio de C, que lhe emprestou o revólver, o enquadramento de C, que, no caso, é partícipe do crime, será feito com a norma de extensão pessoal do art. 29 do CP (a conduta de C será enquadrada tipicamente no art. 121, *caput*, c/c o art. 29 do CP). Diz-se que houve adequação típica por subordinação mediata ou indireta por extensão ou ampliação pessoal.

2.8.5.2 Correlação entre tipicidade e ilicitude

O melhor entendimento é o de que a tipicidade é indício da antijuridicidade, ou seja, praticado um fato típico, presume-se, em um primeiro momento, que seja também antijurídico, todavia a presunção é relativa, ou seja, perdura se não estiver presente uma causa de exclusão de ilicitude (ex.: legítima defesa). Em outras palavras, toda conduta típica será antijurídica a menos que concorra uma causa excludente de antijuridicidade.

2.8.6 Fato típico doloso

O art. 18, inc. I, do Código Penal assinala que o crime será doloso "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".

2.8.6.1 Teorias

Três são as teorias que procuram definir quando há dolo:

a. **teoria da representação:** para existir dolo basta a antevisão do resultado;
b. **teoria do assentimento ou consentimento:** para existir dolo é necessário que o agente, antevendo o resultado, assuma o risco de produzi-lo;
c. **teoria da vontade:** somente há dolo quando o agente antevê e quer o resultado.

O Código Penal, como se verifica do art. 18, inc. I, adotou a teoria da vontade para o **dolo direto**, e a teoria do assentimento ou do consentimento em relação ao **dolo eventual**.

2.8.6.2 Espécies de dolo

O dolo pode ser direto ou determinado e indireto ou indeterminado:

a. **dolo direto ou determinado:** ocorre quando o agente quer produzir um resultado determinado (teoria da vontade);
b. **dolo indireto ou indeterminado:** ocorre quando o agente quer produzir um ou outro resultado com a mesma intensidade (dolo alternativo) e quando o agente, embora não queira o resultado, aceita o risco de produzi-lo (dolo eventual).

O dolo ainda pode ser de dano ou de perigo:

a. **dolo de dano:** ocorre quando o agente quer (dolo direto de dano) ou assume o risco (dolo eventual de dano) de causar lesão a um bem jurídico;
b. **dolo de perigo:** ocorre quando o agente quer (dolo direto de perigo) ou assume o risco (dolo eventual de perigo) de expor o bem jurídico a um perigo de lesão.

Atenção: A espécie de dolo não influencia na pena abstrata, devendo o juiz considerá-la na primeira fase de aplicação da pena (circunstâncias judiciais do art. 59 do CP).

2.8.6.3 Espécies de dolo e tipicidade

Exemplo: O crime de calúnia está previsto no art. 138, *caput*, do Código Penal: "Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime". Depois, o § 1º assinala: "Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga". Ambas são formas dolosas, todavia, questiona-se: qual o dolo exigível do agente nas duas situações? Dolo direto, dolo eventual ou ambos?

Veja que no *caput* o legislador não particularizou a espécie de dolo. Logo, o crime será praticado se houve dolo direto ou eventual por parte do agente. Todavia, o § 1º exige que o agente tenha certeza da falsidade da imputação (verifique a expressão "sabendo falsa a imputação"). Então, o dolo que o legislador está exigindo, no § 1º, é o dolo direto, ou seja, para o fato ser típico, é preciso o agente ter certeza de que a imputação era falsa. Logo, se o propalador não agiu com dolo direto, o fato por ele praticado será atípico.

Exemplo 1: O art. 180, *caput*, do CP trata do crime de receptação dolosa própria: "Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime...". Qual o dolo exigível no caso? É o dolo direto, pois se exige que o agente saiba que a coisa era produto de crime. Logo, se agiu na dúvida (com dolo eventual), sua conduta será atípica em relação ao art. 180, *caput*, do CP.

Exemplo 2: O art. 130 do CP dispõe sobre o crime de perigo de contágio venéreo. No *caput*, bastará ao agente agir com dolo de perigo. Para o enquadramento típico no § 1º, há necessidade do dolo de dano (isso porque o legislador assinala: 'se é intenção do agente transmitir a moléstia", o que traduz exigência de dolo de dano ou de lesão).

2.8.7 Fato típico culposo

O art. 18, inc. II, do Código Penal assinala que o crime será culposo "... quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

O fato típico é culposo, portanto, quando o agente dá causa, involuntariamente (caso contrário haveria dolo), a um resultado, em razão de descumprimento, desatenção, por não observar o dever geral de cuidado (por negligência, imprudência ou imperícia).

A regra, no sistema penal, é o crime na modalidade dolosa, somente ocorrendo a forma culposa se houver previsão expressa (de acordo com o art. 18, parágrafo único, do CP: "Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente").

A culpa pode ser graduada em grave, leve ou levíssima. Embora o legislador não as diferencie na cominação em abstrato, o juiz deverá considerá-la no momento da aplicação da pena.

O tipo culposo é sempre de "tipo aberto", isso porque a conduta culposa não é descrita, não é particularizada (veja, por exemplo, o art. 121, § 3º, do CP – homicídio culposo: "Se o homicídio é culposo...") em face da impossibilidade de descrição de todas as hipóteses em que ocorreria um agir culposo. Há, porém, raras exceções, como o art. 180, § 3º, do CP – receptação culposa – que é de "tipo fechado", uma vez que o legislador descreveu a conduta culposa: "Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso...".

2.8.7.1 Elementos do fato típico culposo

a. conduta (sempre voluntária);
b. resultado involuntário;
c. nexo causal;
d. tipicidade;
e. previsibilidade objetiva;
f. ausência de previsão (cuidado: na culpa consciente inexiste esse elemento);
g. inobservância do dever objetivo de cuidado.

Como já acentuamos, o fato típico culposo exige conduta (sempre deve haver voluntariedade por parte do agente), resultado in-

voluntário (não querido e não assumido pelo agente, senão haveria dolo) e nexo causal entre ambos (entre conduta e resultado), devendo a hipótese estar prevista como crime (tipicidade).

Além disso, para o fato ser típico exige-se previsibilidade objetiva (previsibilidade objetiva nada mais é que a antevisão do resultado por uma pessoa dotada de prudência e discernimento). Ex.: se crianças brincam em uma sala de apartamento localizado no 15º andar, é previsível que alguma poderá subir na janela e cair, e, em face da antevisão do resultado lesivo, exige-se que as janelas sejam fechadas (dever objetivo de cuidado). Lembre-se de que a imprevisibilidade do resultado faz com que o fato seja atípico.

Ausente a previsão do resultado (na culpa inconsciente), ou mesmo que presente (na culpa consciente), se o agente não observar o dever objetivo de cuidado (por imprudência, negligência ou imperícia) e der causa a um resultado lesivo (involuntário), haverá tipicidade culposa.

2.8.7.1.1 Previsibilidade

Lembre-se de que a previsibilidade pode ser objetiva ou subjetiva:

a. **objetiva:** é a antevisão do resultado por uma pessoa dotada de prudência e discernimento; é aquilo que uma pessoa mediana tem condições de prever; a ausência de previsibilidade objetiva torna o fato atípico;
b. **subjetiva:** aqui se investiga se o agente, nas circunstâncias em que estava, tinha condições de antever o resultado; a ausência de previsibilidade subjetiva exclui a culpabilidade (e não a culpa), ou seja, o fato é típico, mas não haverá culpabilidade por parte do agente, que, então, não será punido.

2.8.7.1.2 Inobservância do dever objetivo de cuidado

A inobservância do dever objetivo de cuidado pode se dar por imprudência, negligência e imperícia, sendo estas as modalidades de culpa (art. 18, II, do CP):

a. **imprudência:** ocorre quando o agente age sem cautela (a culpa ocorre durante a prática da conduta). Ex.: imprimir velocidade excessiva ao veículo;
b. **negligência:** o agente omite a cautela exigida. Ex.: deixar arma ao alcance de crianças;
c. **imperícia:** é a falta de conhecimento técnico, teórico ou prático para o exercício de profissão ou atividade.

2.8.7.2 Espécies de culpa

Temos duas espécies de culpa: inconsciente (ou culpa sem previsão ou propriamente dita) e consciente (também chamada culpa com previsão):

a. **culpa inconsciente:** o agente não prevê o resultado que era previsível (não prevê, não o quer e nem assume o risco de produzi-lo);
b. **culpa consciente:** o agente prevê o resultado, mas não o quer e nem assume o risco de produzi-lo, acreditando, levianamente, que irá evitá-lo ou que o resultado não ocorrerá.

A lei penal não faz distinção entre culpa consciente e culpa inconsciente. A culpa consciente, entretanto, não se confunde com o dolo eventual. Na primeira, o agente prevê o resultado, todavia não acredita que venha a ocorrer; no segundo, o agente prevê e não se importa com a produção do resultado, tanto que assume o risco de produzi-lo.

2.8.7.3 Compensação e concorrência de culpas

A compensação de culpas não é admitida na órbita penal. Se houver culpa da vítima e do agente, isso, quando muito, será levado em conta na aplicação da pena (na primeira fase, com base no art. 59 do CP). Se duas pessoas agirem culposamente e derem causa a um resultado lesivo, haverá concorrência de culpas, devendo, ambas, responder pelo crime.

2.8.7.4 Culpa no concurso de agentes

Sendo o crime culposo um tipo penal aberto, é inadmissível a participação. Como inexiste conduta principal, não poderá haver participação, por ser esta acessória. Assim, todos aqueles que, de qualquer modo, concorrem para dar causa ao resultado lesivo (ou seja, infringem o dever objetivo de cuidado) serão considerados autores.

Atenção: Como saber se o agente praticou uma conduta típica culposa?

Primeiro, devemos estabelecer a conduta-padrão, a conduta ideal com base na previsibilidade objetiva (a antevisão do resultado). Ou, em outras palavras, em primeiro lugar, devemos estabelecer qual a conduta ideal que uma pessoa dotada de prudência e discernimento adotaria naquela situação fática. Ao fazer esse juízo de previsibilidade objetiva – antevisão do resultado – apura-se qual o dever objetivo de cuidado. Depois, realiza-se um juízo de comparação entre duas condutas: a ideal e a real. Ou seja, devemos comparar se o agente adotou, no caso concreto (conduta real), a conduta que era esperada (conduta ideal, a conduta-padrão).

Exemplo: A toma um remédio fortíssimo que pode até matar uma criança. Em um determinado dia, A recebe uma criança em sua casa, toma o remédio e deixa-o em cima da mesa, ao alcance da criança. Esta toma o remédio e morre. Há dolo ou culpa, nesse caso?

1. A quis matar a criança? Não.
2. A assumiu o risco de produzir o resultado? Se ficar provado que sim, está resolvido o problema, ou seja, praticou homicídio doloso com dolo eventual.
3. Se A não agiu com dolo, cabe, então, questionar se houve culpa. No caso, qual a conduta-padrão, ideal, que uma pessoa teria, prevendo (antevisão do resultado) que, largando o remédio na mesa, a criança poderia tomar e morrer? No caso, seria guardar o remédio longe do alcance dessa criança (dever objetivo de cuidado).
4. Compara-se, então, essa conduta ideal, padrão, com a conduta real. Qual foi a conduta real de A? No caso, largou o remédio em cima da mesa. Ou, em outras palavras, inobservou o dever objetivo de cuidado, tendo havido negligência de sua morte.

5. A agiu culposamente, devendo responder pela morte na forma culposa.

Atenção: Como você resolveria este caso?

Médico, após uma cirurgia, e por estar com pressa, utilizou o instrumental cirúrgico que acabara de usar em uma segunda cirurgia, sem a necessária esterilização. Nesse caso, podemos falar em imperícia? A resposta é não, pois o médico tem conhecimento da necessidade da desinfecção. Houve negligência em não promover a assepsia do material e imprudência por empregá-lo em outro paciente (que, em razão disso, sofreu grave infecção).

2.8.8 Fato típico preterdoloso

Denomina-se crime preterdoloso ou preterintencional aquele em que o agente quer um resultado (dolosamente), todavia o resultado vai além (o agente acaba produzindo um resultado mais grave, não desejado, a título de culpa). O agente age com "dolo no antecedente e culpa no conseqüente". Trata-se de crime qualificado pelo resultado, este último a título de culpa. Ex.: lesão corporal seguida de morte – art. 129, § 3º, do CP.

2.9 *Iter criminis*

Iter criminis são as fases, as etapas do crime; é o caminho do crime.

São elas: fase interna (cogitação) e fase externa (preparação, execução e consumação).

Para o sistema penal brasileiro, só há crime a partir da fase de execução (consoante o art. 14, inc. II, do CP, diz-se o crime tentado quando, **iniciada a execução**, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente), o que permite inferir que a fase de cogitação e os atos meramente preparatórios não são puníveis criminalmente.

2.9.1 Distinção entre atos preparatórios e atos executórios

Considerando-se que o crime tem início (na sua forma tentada) quando o agente ingressa na execução, cabe distinguir atos preparatórios e atos executórios.

a. **Critério material** – levando-se em conta o conceito material do crime, segundo o qual crime é a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, tem-se que haveria ato executório a partir do momento em que a conduta causar lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, objeto de tutela pela norma penal.

b. **Critério formal** – por este entendimento, haverá ato executório a partir do momento em que o agente iniciar a realização do tipo, ou seja, praticar a conduta revelada pelo núcleo do tipo (ex : no crime de furto – "subtrair").

c. **Critério individual-objetivo** – por este entendimento, o começo da execução do crime se dá com a prática de atos anteriores ao início da execução da conduta típica, mas que, segundo a ideação do agente, tinham por objetivo e estavam vinculados à empreitada criminosa, ou seja, atos imediatamente anteriores que gravitam no entorno da conduta típica, descrita no tipo (ex.: para a realização de um furto em residência, o agente ingressa no quintal da casa, sendo surpreendido. Nesse exato momento, responderia por tentativa de furto ou invasão de domicílio? Embora ainda não tenha iniciado a subtração – núcleo do tipo – o ingresso no quintal é ato imediatamente anterior e dirigido à concretização do furto, daí porque, adotado o critério individual-objetivo, teríamos tentativa de furto; caso estivesse com um pé-de-cabra nas mãos, que seria utilizado para o arrombamento da porta da casa, teríamos tentativa de furto qualificado pelo inc. I, do art. 155, § 4º, do CP).

2.9.2 Exaurimento do crime (ou crime exaurido)

Dá-se o exaurimento do crime quando, percorrido o *iter criminis*, ou seja, atingida a consumação delitiva, o agente atinge todas as conseqüências por ele previstas. É o que ocorre nos crimes formais, em que não há a necessidade de se chegar ao resultado para que haja consumação do delito, mas se o resultado é atingido, tal revela exaurimento do crime.

Exemplo: Crime de extorsão – art. 158, CP – a consumação desse delito ocorre independentemente da obtenção do resultado (Súmula 96 do STJ), que é a obtenção da indevida vantagem econômica; todavia, se o resultado é obtido, tal revela exaurimento do crime, que irá influir na dosagem da pena (conseqüências do crime – art. 59, CP).

2.9.3 Crime consumado

De acordo com o art. 14, inc. I, do Código Penal, o crime estará consumado "... quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal". Ou seja, quando a conduta do agente encontra integral correspondência com o tipo penal, realizando todos os elementos da definição típica legal, o crime atingiu a consumação.

Momento consumativo de alguns crimes:

a. **crimes materiais** – como esses crimes exigem a produção de resultado para a consumação, esta se dá com a produção do resultado naturalístico;

b. **crimes formais** – como esses crimes, apesar de terem resultado, não o exigem para a consumação, esta se verifica com a conduta dirigida à produção desse resultado;

c. **crimes de mera conduta** – como esses crimes não têm resultado naturalístico, a consumação se verifica com a conduta (de ação ou omissão);

d. **crimes permanentes** – são aqueles em que a consumação se protrai, prolonga-se no tempo, assim ocorrendo enquanto não cessar a permanência;

e. **crimes culposos** – necessariamente com a produção do resultado naturalístico;

f. **crimes preterdolosos** – com o resultado naturalístico que veio a título de culpa;

g. **crimes qualificados pelo resultado** – a consumação se dá com a produção do resultado agravador e que qualifica o delito;

h. **crimes omissivos próprios** – a consumação se dá com a conduta omissiva, isso porque esses crimes não têm resultado naturalístico que os vinculem;

i. **crimes omissivos impróprios, impuros ou comissivos por omissão** – são aqueles em que o agente tinha o dever jurídico de evitar o resultado, portanto, atingem a consumação com a produção desse resultado não evitado pelo agente;

j. **crimes habituais** – a consumação se dá com a reiteração delitiva que expresse habitualidade, não se aperfeiçoando com ato isolado.

2.9.4 Crime tentado

De acordo com o art. 14, inc. II, do CP, o crime se considera tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (lembre-se de que, se a consumação não ocorrer pela vontade do agente, teremos desistência voluntária ou arrependimento eficaz – art. 15 do Código Penal).

2.9.4.1 Natureza jurídica

A tentativa (*conatus*) é uma figura de ampliação típica (a outra, lembre-se, é o art. 29, que permite tipificação da conduta do partícipe). Ela amplia, do ponto de vista temporal, o tipo penal, tornando típica conduta que, sem ela (a norma do art. 14, II, do CP), seria atípica.

Exemplo: O art. 121, *caput*, do CP tipifica o homicídio: "Matar alguém". Portanto, se A matar B, a adequação típica da conduta do autor, ocorrendo crime consumado, é direta, imediata, estando a conduta de A enquadrada tipicamente no art. 121, *caput*, do CP. Todavia, se A atirar em B, pretendendo matá-lo, e não lograr êxito por circunstâncias alheias à sua vontade, não há como enquadrar a conduta de A diretamente no *caput* do art. 121, havendo necessidade de se valer da norma de ampliação típica temporal do art. 14, inc. II, do CP. Nesse caso, a conduta de A será típica, mas, por força desse último dispositivo: art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inc. II, ambos do CP.

2.9.4.2 Espécies de tentativa

a. **Imperfeita ou propriamente dita:** o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue realizar todos os atos executórios, sendo impedido de prosseguir na execução do crime (ex.: alguém lhe toma a arma depois do primeiro disparo).

b. **Perfeita ou crime falho:** ocorre quando o agente pratica todos os atos de execução que tinha ao seu dispor, todavia, o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade (ex.: o agente dispara todos os projéteis que tinha na arma e alguém socorre a vítima, salvando-a).

c. **Branca ou incruenta:** ocorre quando a vítima não é atingida (ex.: agente descarrega arma em direção à vítima e esta não é atingida – tentativa branca de homicídio; arremesso de ácido em direção ao rosto da vítima e esta não é atingida – tentativa branca de lesão corporal gravíssima); pode ser perfeita ou imperfeita.

d. **Cruenta:** ocorre quando a vítima é atingida; pode ser perfeita ou imperfeita.

e. **Abandonada:** é a denominação dada pela doutrina às hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP).

f. **Inadequada, inidônea, impossível ou quase-crime:** é a denominação dada pela doutrina às hipóteses de crime impossível (art. 17 do CP).

2.9.4.3 Elemento subjetivo na tentativa

Para que haja tentativa, é necessário que o agente queira consumar o crime. Temos crime tentado quando alguém inicia a execução e não consegue atingir o resultado por **circunstâncias alheias à sua vontade**. Logo, questiona-se: o elemento subjetivo informador da tentativa é igual ou diferente do dolo do crime consumado?

Não existe dolo especial, diferente, na tentativa. É o mesmo do crime consumado. Alguém somente responde por tentativa de homicídio porque tinha a intenção de matar a vítima e não o conseguiu por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.9.4.4 Punibilidade da tentativa

O Código Penal brasileiro adotou a teoria objetiva, ou seja, não leva em conta a intenção (teoria subjetiva) do agente (o que importaria em punir igualmente crime consumado e tentado), e sim a lesão ao bem jurídico; dessa maneira, o art. 14, parágrafo único, dispõe: "Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços" (note, porém, que pode haver disposição em contrário, como é o caso do crime do art. 352 do CP, que pune igualmente consumação e tentativa)

O parágrafo único do art. 14 trata, como se vê, de causa obrigatória de diminuição de pena, e o vetor determinante do *quantum* da redução será a proximidade com a consumação (quanto mais o crime chegou perto da consumação, menor a redução da pena pela tentativa; quanto mais longe, maior a redução).

2.9.4.5 Infrações que não admitem tentativa

a. Contravenções penais [de acordo com o art. 4º da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41), contravenções não admitem forma tentada].
b. Crimes culposos.
c. Crimes preterdolosos.
d. Crimes omissivos próprios.
e. Crimes habituais.
f. Crimes unissubsistentes.

2.9.5 Desistência voluntária e arrependimento eficaz

Como já enunciamos antes, essas figuras são denominadas, pela doutrina, tentativa abandonada ou qualificada, estando previstas no art. 15 do CP.

Ocorre a desistência voluntária quando o agente, voluntariamente (portanto, por vontade própria, não se exigindo espontaneidade), interrompe a execução do crime (evidentemente, não atinge

a consumação). Essa figura exige que a desistência ocorra em meio à prática dos atos executórios, não podendo, pois, tê-los esgotado. Nesse caso, como desistiu voluntariamente de prosseguir (e poderia prosseguir, se o quisesse), não irá responder por tentativa do crime que estava praticando, mas apenas pelo crime já praticado até então. Ex.: o agente está em uma casa furtando e, depois de reunir todos os objetos na sala, resolve abortar a prática criminosa, desistindo da empreitada. Nesse caso, apenas responde pelos atos já praticados (invasão de domicílio).

Ocorre o arrependimento eficaz, de acordo com o art. 15, 2ª Parte do Código Penal, se o agente esgota todos os meios executórios, mas, na seqüência, antes da consumação, impede voluntariamente o resultado (portanto, por vontade própria, não se exigindo espontaneidade), evitando a sua produção. Ex.: A descarrega a arma na vítima para matá-la, todavia, esgotada a capacidade ofensiva, resolve voluntariamente levá-la para o hospital e a salva. Nesse caso, apenas responde pelos atos já praticados (lesão corporal).

Dois requisitos, portanto, são exigidos: voluntariedade (não precisa espontaneidade) e eficiência. Se o arrependimento, embora a iniciativa do agente, for ineficaz (por exemplo, se a vítima é levada ao hospital e morre), a hipótese será de crime consumado (no caso, seria homicídio consumado).

2.9.6 Arrependimento posterior

A figura do arrependimento posterior está prevista no art. 16 do CP: "Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será diminuída de um a dois terços". Trata-se de causa obrigatória de redução da pena que exige os seguintes requisitos:

a. crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa (cabe, portanto, nos crimes em que há violência contra coisa e não se restringe aos crimes patrimoniais, podendo, inclusive, a reparação se estender somente aos danos morais);

b. reparação integral do dano ou restituição integral da coisa (pode ser parcial, desde que a vítima aceite);
c. ato voluntário do agente (não precisa espontaneidade);
d. até o recebimento da inicial pelo juiz (se posterior, incide a circunstância atenuante do art. 65, II, *b*, do CP).

Atenção: Dois vetores devem ser levados em consideração pelo juiz ao fixar a redução de pena entre 1/3 e 2/3: *quantum* da reparação e celeridade (quanto mais célere e efetiva a reparação, maior a diminuição de pena; quanto menos presteza e efetividade houver, menor a redução de pena).

Para o crime de peculato culposo, há regra especial: art. 312, § 3º, do CP (se a reparação do dano preceder à sentença irrecorrível, extingue-se a punibilidade; se for posterior, reduz a pena de 1/2); assim também ocorre com o estelionato por cheque sem fundos – art. 171, § 2º, inc. VI, CP, em que se aplica a Súmula 554 do STF: o pagamento do cheque antes do recebimento da inicial obsta a ação penal.

Atenção: Predomina, na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que o arrependimento posterior, se efetivado por um dos agentes, comunica-se aos demais.

2.9.7 Crime impossível

Trata-se da denominada tentativa inadequada, inidônea, impossível ou quase-crime. De acordo com o art. 17 do CP, não haverá tentativa (o fato será atípico) se, por ineficácia absoluta do meio empregado ou por impropriedade absoluta do objeto, for impossível consumar o delito (se a ineficácia ou a impropriedade forem relativas, haverá crime).

Exemplo 1: A, pretendendo matar B, aperta o gatilho da arma várias vezes e não ocorrem os disparos. Existe crime na espécie? Se o exame pericial apontar que a arma apresenta um defeito estrutural que não permite os disparos, ou seja, não funcionaria em hipótese alguma, estamos diante de meio absolutamente ineficaz, portanto, seria crime impossível (não há homicídio, nem mesmo tentado). Se a perícia apontar, todavia, que a arma apenas não disparou naquela oportunidade, portanto, houve uma falha ocasional e ela

está apta a disparar, detendo, pois, a potencialidade lesiva, estamos diante de meio relativamente ineficaz e, nesse caso, há tentativa de homicídio.

Exemplo 2: Manobras abortivas idôneas realizadas, todavia o feto já estava morto quando das práticas em questão. Em razão da impropriedade absoluta do objeto material, estamos diante de crime impossível, não havendo crime de aborto, nem mesmo tentado.

2.10 Erro de tipo

O erro de tipo apresenta duas espécies: essencial e acidental.

O erro de tipo essencial pode ser incriminador e permissivo:

a. **Erro de tipo essencial incriminador:** previsto no art. 20, *caput*, do CP, ocorre quando o agente pratica um fato tido como criminoso em razão de erro que versa sobre uma elementar do tipo (ex.: agente mata uma pessoa supondo que se tratava de um animal – aqui o erro incide sobre a elementar "alguém" – ou subtrai coisa pertencente a outrem, supondo tratar-se de coisa própria – aqui o erro incide sobre a elementar "alheia") ou pratica um crime em que a punição é mais grave em razão de erro que versa sobre circunstância (ex.: agente mata pessoa com 65 anos, crendo que tinha 50 anos – aqui o erro versa sobre a causa de aumento de pena presente no art. 121, § 4º, do CP).
b. **Erro de tipo essencial permissivo:** previsto no art. 20, § 1º, do CP, ocorre quando o agente pratica um fato tido como criminoso por acreditar estar em situação legítima de excludente de ilicitude (ex.: agente mata alguém pensando encontrar-se em legítima defesa, porque supõe que tal pessoa estava prestes a lhe tirar a vida, ou seja, acredita estar diante de agressão injusta iminente que, na verdade, não existia – "legítima defesa putativa"); trata-se das descriminantes putativas (legítima defesa putativa, estado de necessidade putativo, estrito cumprimento de dever legal putativo e exercício regular de direito putativo).

Nas duas situações – erro de tipo essencial incriminador e permissivo – a solução é dada pelo art. 20, *caput*, e § 1º, do CP: se o erro for invencível, inevitável, portanto escusável (ou seja, qualquer pessoa incidiria no erro), estarão afastados dolo e culpa (o fato praticado pelo agente será atípico); se o erro, porém, for tido como vencível, evitável, portanto inescusável (poderia ser evitado se houvesse mais diligência por parte do agente), apenas o dolo estará afastado, podendo, porém, haver punição por culpa, se previsto em lei.

Exemplo 1: A está em uma festa e, ao ir embora, acabou levando o paletó de outra pessoa por engano, isso porque imaginou que se tratava de coisa própria, e não alheia. Houve, pois, erro sobre uma elementar, ou seja, ele praticou um furto porque, por erro, supôs que o paletó lhe pertencia. O erro reside na elementar "alheia". Nesse caso, existe crime de sua parte? A resposta é dada pelo art. 20, *caput*, do Código Penal: se o erro for considerado invencível ou escusável (ou seja, qualquer um, em seu lugar, também incidiria no erro), há exclusão de dolo e culpa, mas se o erro for considerado vencível ou inescusável (ou seja, o erro poderia ter sido evitado com uma maior diligência de sua parte, portanto nem todos incidiriam nele), estará afastado apenas o dolo, mas não a culpa, podendo, então, responder por crime culposo, logicamente se houver previsão de crime culposo para a espécie. No caso do furto, como não há hipótese culposa, ele não responderia por crime algum.

Exemplo 2: João e André estão em um bar. Discutem. João vai embora. Todos que encontram João depois desse dia dizem que André pretende matá-lo. João, que inicialmente não acredita na ameaça, acaba, por força das inúmeras advertências, temendo que isso possa ocorrer e começa a andar armado. Um determinado dia João vem por uma rua e vê André se aproximando. Repentinamente, André coloca a mão no bolso. João, incontinenti, imagina que André está sacando a arma para matá-lo e saca sua arma, disparando e matando André. Este, porém, nada trazia em seu bolso. A agressão por parte de André, pois, foi suposta por João, que, nesse caso, agiu em legítima defesa putativa, pois agiu acreditando estar diante de uma agressão iminente, imaginando que André iria pegar uma arma para matá-lo quando colocou a mão no bolso. João deve responder por crime? A resposta está no art. 20, § 1º, do Código Penal: se o erro for considerado invencível ou escusável (ou seja, qualquer um, em seu lugar,

também incidiria no erro), há exclusão de dolo e culpa, mas, se o erro for considerado vencível ou inescusável (ou seja, o erro poderia ter sido evitado com uma maior diligência de sua parte, portanto nem todos incidiriam nele), estará afastado apenas o dolo, mas não a culpa, podendo, então, responder por crime culposo, logicamente se houver previsão de crime culposo para a espécie. No caso do homicídio, como há hipótese culposa, poderia responder pelo crime na forma culposa.

O erro de tipo acidental, por sua vez, é aquele que resulta de erro sobre o objeto material (*error in objecto* e *error in persona*) e na execução (*aberratio ictus* e *aberratio criminis* ou *aberratio delicti*).

a. **Erro sobre o objeto (*error in objecto*)** – ocorre quando a conduta do agente recai sobre coisa diversa da pretendida (ex.: agente furta um relógio de marca diversa da que pretendia furtar); o erro, nesse caso, é irrelevante, devendo o agente responder pelo crime (no caso, furto simples consumado).
b. **Erro sobre a pessoa (*error in persona*)** – ocorre quando o agente atinge pessoa diversa (vítima real, efetiva) da que pretendia (vítima virtual); a solução se encontra no art. 20, § 3º, do CP (nesse caso, para efeito de tipificação delitiva, não se leva em conta a vítima real, efetiva, e sim a vítima virtual).

Exemplo: Mãe acaba de dar à luz em um hospital e está descontrolada, sob influência do estado puerperal. Nesse estado, ela se dirige ao berçário e mata o primeiro recém-nascido que encontra, acreditando que era o seu filho. Aplicando-se o art. 20, § 3º, do CP, responderá pelo crime de infanticídio, mesmo tendo matado o filho de outra pessoa, pois se deve levar em conta a qualidade da vítima virtual, e não a da vítima real.

c. *Aberratio ictus* – tem previsão no art. 73 do CP (se o agente, por acidente ou erro na execução, atingir pessoa diversa, e não quem realmente pretendia atingir, responde como se tivesse praticado o crime contra quem pretendia – **vítima virtual** – e não contra quem realmente praticou – **vítima real e efetiva**); nesse caso, como se vê, aplica-se a mesma regra do art. 20, § 3º, do CP; e, no caso de também ser atingida a pessoa que pretendia, aplica-se a regra do concurso formal de delitos (art. 70 do CP).

Exemplo: A quer matar B, seu desafeto. A atira, mas, nesse exato momento, alguém, acidentalmente, esbarra em seu braço e o disparo atinge o seu próprio irmão (a vítima atingida foi o irmão de A, que estava ao lado de B, e o ofendido morre). Houve erro na execução, pois A pretendia matar B (vítima virtual) e matou C, seu próprio irmão (vítima real). Nesse caso, responderá por homicídio, todavia sem a agravante do art. 61, inc. II, *e*, do Código Penal, pois se deve levar em conta quem pretendia ofender, e não quem ofendeu. E se ocorrerem dois resultados, ou seja, se for atingida a vítima virtual e a real, aplica-se as regras do concurso formal (veja o art. 73, Parte Final, do Código Penal).

d. ***Aberratio criminis* ou *aberratio delicti*** – tem previsão no art. 74 do CP (se o agente, por acidente ou erro na execução, praticar crime diverso do que pretendia, responderá por culpa se houver previsão da hipótese culposa); no caso de também ocorrer o crime pretendido, aplica-se a regra do concurso formal de delitos (art. 70 do CP).

Exemplo: A arremessa uma pedra contra a vidraça da casa de B, para quebrá-la. Ocorre que, ao fazê-lo, B abre a janela e a pedra o atinge. A queria praticar crime de dano e praticou lesão corporal. Como, por erro na execução, praticou crime diverso do pretendido, responderá pela lesão corporal na forma culposa. Se ocorrerem os dois crimes (dano e lesão corporal), dever-se-á aplicar as regras do concurso formal (art. 70 do CP).

2.11 Antijuridicidade

Conforme já analisamos anteriormente, se adotarmos o critério dicotômico (ou bipartido), crime é fato típico e **antijurídico**, e se adotarmos o critério tricotômico (ou tripartido), crime é fato típico, **antijurídico** e culpável. Ou seja, adotada uma ou outra orientação, a antijuridicidade é o segundo requisito para que haja crime.

2.11.1 Conceito

Ilicitude (ou antijuridicidade) é a contradição do fato, adequado ao modelo legal (típico), com o ordenamento jurídico, constituindo a lesão de um interesse penalmente protegido.

2.11.2 Tipicidade e antijuridicidade

A conexão entre tipicidade e antijuridicidade foi objeto do pensamento de Mayer e Mezger. Mayer considerava a tipicidade indício da antijuridicidade. Mezger não via uma exata separação entre ambas, considerando a tipicidade razão de ser da antijuridicidade.

A melhor orientação é a de Mayer, no sentido de que a tipicidade é indício da antijuridicidade, ou seja, praticado um fato típico, presume-se (presunção relativa) que é antijurídico. Isso somente não ocorrerá se houver uma excludente de ilicitude.

2.11.3 Caráter objetivo da antijuridicidade

A antijuridicidade deve ser determinada objetivamente, independentemente da culpabilidade, que é posterior. Assim, para verificar se um sujeito agiu de maneira antijurídica, não se deve analisar o juízo de culpabilidade.

2.11.4 Excludentes de antijuridicidade

As causas legais de exclusão da antijuridicidade (excludentes de ilicitude, causas de justificação, causas justificativas, eximentes ou descriminantes) estão no art. 23 do CP: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Todavia não constituem um rol fechado. Outras, ainda que não previstas em lei, são admissíveis (causas supralegais). E isso não fere o princípio da reserva legal, pois se trata de norma não-incriminadora.

Presente uma excludente de ilicitude, embora o fato seja típico, não haverá crime pela ausência de antijuridicidade da conduta.

2.11.5 Requisitos objetivos e subjetivos

Para uma excludente de ilicitude ser reconhecida, basta o atendimento dos requisitos objetivos (requisitos legais)? Ou se faz ne-

cessário o requisito subjetivo? O entendimento predominante é de que não basta o atendimento dos requisitos legais, fazendo-se necessária a presença do requisito subjetivo. Os requisitos objetivos, como já enunciamos, são os legais, ou seja, os previstos na lei. Assim, no caso da legítima defesa, esses requisitos se encontram no art. 25 do Código Penal (agressão injusta atual ou iminente; ofensa a direito próprio ou de terceiro; escolha de meio necessário e uso moderado desse meio). Entretanto, há necessidade, para a aplicação da descriminante, do requisito subjetivo: a direção finalista justificante. Em outras palavras, para que o agente possa se beneficiar, por exemplo, da excludente de legítima defesa, é necessário que, ao reagir à agressão injusta, tenha se conduzido no sentido da justificação (defender-se da agressão injusta). Se não foi esse o sentido subjetivo que conduziu a sua conduta, responderá pelo crime.

2.11.6 Estado de necessidade – art. 24 do CP

Ocorre o estado de necessidade quando, diante de uma situação de perigo que provoca colisão de interesses (bens) penalmente tutelados, e não havendo como tutelar ambos, permite-se a proteção de um bem jurídico mediante a lesão de interesse juridicamente tutelado de outrem.

No estado de necessidade, portanto, existe colisão de bens juridicamente tutelados. Há dois bens jurídicos em confronto, sendo ambos tutelados, e a preservação de um, diante da situação de perigo, depende do sacrifício do outro (há estado de necessidade recíproco).

Exemplo 1: Aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, do CP): nesse caso, feto e gestante têm direito de viver, mas o aborto é permitido porque não há outro meio de salvar a vida da gestante (trata-se de estado de necessidade de terceiro).

Exemplo 2: Acidente com três pessoas feridas e encaminhamento ao hospital, onde há apenas um médico de plantão e a possibilidade de apenas uma pessoa ser operada; nesse caso, embora devesse atender a todos, portanto há conflito de bens juridicamente tutelados, o médico se vê obrigado a operar um e não atender os demais, que vêm a morrer.

Atenção: Se houver conflito de interesses, mas um deles não merecer tutela, não estará caracterizado o estado de necessidade.

O Código Penal brasileiro adota a teoria unitária, ou seja, o estado de necessidade é sempre uma excludente de ilicitude, devendo o agente agir com razoabilidade, caso contrário estará afastada a justificativa (segundo o art. 24, § 2º, do CP, se era razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado, ou seja, se o agente, para proteger um bem, lesou bem de maior valor, sem guardar a proporcionalidade, sem atender a ponderação entre os bens, terá, quando muito, redução da pena de 1/3 a 2/3).

2.11.6.1 Requisitos

Há dois momentos no estado de necessidade: uma situação de perigo e o fato lesivo (conduta lesiva) ou fato necessitado.

Os requisitos para configuração do estado de necessidade são:

1º **Situação de perigo:**

a. **perigo atual (ou iminente) proveniente de fato da natureza, fato humano ou fato animal** – a situação de perigo deve ser atual ou iminente (embora a lei não refira, há entendimento de também estar abrigado o perigo iminente), que pode ser derivada de fato da natureza (ex.: chuva torrencial e estouro de uma barragem), fato animal (ex.: estouro de uma boiada) ou fato humano (ex.: a queda de um helicóptero no mar por efeito de uma manobra brusca do piloto);

b. **ameaça a direito próprio ou alheio** – estado de necessidade próprio e estado de necessidade de terceiro;

c. **situação de perigo não causada voluntariamente pelo agente** – só pode invocar estado de necessidade aquele que não causou voluntariamente a situação de perigo (o entendimento que predomina é que apenas o atuar dolo-

so impede a alegação de estado de necessidade, o que não ocorre se a situação de perigo for causada culposamente), isso porque o art. 24 do Código Penal traz a expressão "que não provocou por sua vontade".

Exemplo: A pratica atividade ilegal e tem um escritório no 15º andar de um edifício. Em um determinado dia, alguém o avisa que a polícia está a caminho. Não havendo tempo para sumir com a documentação que pode incriminá-lo, A põe fogo nos documentos, calculando que poderá controlar o fogo. Em pouco tempo, porém, o fogo se alastra pelo prédio. Em dado momento, A, seu filho e o zelador estão naquele local, sem poder sair e sem livrar-se das chamas. Na chegada do bombeiro à janela, são avisados que a escada somente suporta mais duas pessoas. Assim, A mata o zelador para salvar a si próprio e o filho. Nesse caso, não pode alegar estado de necessidade porque causou dolosamente a situação de perigo. Seu filho, no caso, poderia invocar a excludente.

2º **Conduta lesiva ou fato necessitado:**

a. **inevitabilidade do comportamento lesivo** – somente haverá estado necessidade se restar demonstrado que o único jeito de afastar a situação de perigo foi a lesão ao interesse juridicamente tutelado de terceiro, ou seja, se o comportamento lesivo era inevitável;

b. **inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado (requisito da proporcionalidade/razoabilidade)** – somente se admite a lesão de um bem jurídico para a salvaguarda de outro se houver razoabilidade, se houver proporcionalidade entre o bem jurídico sacrificado e o preservado; embora a lei não exija que o bem sacrificado tenha igual ou menor valor que o preservado, quando tal ocorre, há proporcionalidade; quando o bem sacrificado for de maior valor que o preservado, é possível estar diante de estado de necessidade se presente o requisito da razoabilidade, todavia, no caso de ocorrer desequilíbrio, estará afastada a excludente e aplica-se o disposto no § 2º do art. 24 do Código Penal: o juiz não reconhecerá o estado de necessidade, mas poderá reduzir a pena de um a dois terços (caso de censurabilidade diminuída);

c. **inexistência do dever legal de enfrentar o perigo** (art. 24, § 1º, do CP) – não pode invocar estado de necessidade quem tem o dever legal de enfrentar o perigo; assim, um bombeiro, diante de um prédio em chamas, não pode recusar-se a salvar as pessoas alegando estado de necessidade, isso por ter obrigação legal de enfrentar o perigo.

Lembre-se de que, a par desses requisitos de ordem objetiva (requisitos legais, presentes no art. 24 e parágrafos do CP), exige-se, ainda, o elemento subjetivo, ou seja, somente haverá estado de necessidade se havia, por parte do agente, direção finalista justificante (se ele agiu para proteger interesse próprio ou de terceiro da situação de perigo). Se não foi esse o móvel de sua conduta, ela não estará justificada, devendo responder pelo crime.

2.11.6.2 Formas do estado de necessidade

a. **Quanto ao titular do interesse protegido** – EN próprio e EN de terceiro.
b. **Quanto ao aspecto subjetivo do agente** – EN real e EN putativo.
c. **Quanto ao terceiro que sofre a ofensa** – EN defensivo (quando a conduta atinge bem jurídico do próprio causador do perigo) e EN agressivo (quando a conduta atinge bem jurídico de terceiro inocente).

2.11.6.3 Excesso

Pode ocorrer que o agente, agindo em estado de necessidade, exceda-se conscientemente, tendo plena consciência da desnecessidade da conduta imprimida; nesse caso, responderá pelo crime cometido durante o excesso, a título de dolo.

Pode acontecer, porém, de o agente se exceder por incidir em erro quanto aos pressupostos fáticos, ou seja, ele imagina que ainda está em situação de estado de necessidade; nesse caso, estamos diante de estado de necessidade putativo (que é erro de tipo): se o erro for tido por invencível, dolo e culpa estarão afastados; se vencível, apenas o dolo estará afastado, respondendo o agente por crime culposo se houver a modalidade.

2.11.7 Legítima defesa – art. 25 do CP

Considera-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

2.11.7.1 Requisitos

Os requisitos para a configuração da legítima defesa são:

a. **agressão injusta atual ou iminente** – trata-se de agressão humana que pode ser corpórea (utilizando punhos, braços e pernas), como também por meio de instrumentos (armas etc.) e animais (se o sujeito tem domínio sobre cão bravio e atiça-o contra alguém, trata-se de agressão humana utilizando-se animal, ensejando legítima defesa).

   A agressão pode se dar com emprego de violência física, grave ameaça (violência moral) ou até sem violência (como no furto, em que há agressão ao patrimônio e não há violência física ou moral). A agressão, entretanto, pode ser dolosa ou culposa, por ação ou omissão (exemplo de agressão por omissão dolosa: carcereiro que recebe alvará de soltura e, pelo fato de não gostar do detento, não o solta; trata-se de agressão ao direito de liberdade do preso mediante omissão dolosa, ensejando legítima defesa). Deverá, todavia, ser injusta (se for justa não dá ensejo à legítima defesa), devendo ser atual ou iminente (para que ocorra a excludente é necessário que a reação seja imediata e contemporânea);

b. **a direito próprio ou alheio** – legítima defesa própria e legítima defesa de terceiro;

c. **meios necessários** – quando o agredido se limita a defender-se, inexiste problema; a questão da necessidade dos meios surge quando há legítima defesa ofensiva; nesse caso, se não houver alternativa, o meio escolhido será o necessário, e, se houver alternativa, o agredido deverá utilizar o meio que guardar proporcionalidade com a agressão;

d. **uso moderado dos meios necessários** – após escolher o meio necessário, o agredido deve se pautar por moderação, agindo dentro dos limites para a reação.

Por fim, deve estar presente o requisito subjetivo: **direção finalista justificante**. Para se valer da excludente, é necessário que o agente tenha agido para repelir agressão injusta. Se não imprimiu essa direção finalista justificante (*animus defendendi*) à sua conduta, responderá por crime. Além de a legítima defesa ser objetivamente necessária (critérios legais), deve ser subjetivamente orientada pela vontade de o agente defender-se. Se não foi esse o móvel, a conduta não estará justificada.

2.11.7.2 Espécies

Podemos apontar algumas espécies de legítima defesa:

a. **legítima defesa real, própria ou autêntica** – prevista no art. 25 do CP, trata-se da legítima defesa normal, tradicional, em que, diante de agressão injusta, ocorre uma justa e legítima reação, excludente de ilicitude;

b. **legítima defesa real recíproca** – não existe, isso porque não há como duas pessoas estarem, ao mesmo tempo, uma contra a outra, em legítima defesa real;

c. **legítima defesa sucessiva** – existe (é a reação contra o excesso); ocorre naqueles casos em que há agressão injusta por parte de alguém e reação justa por parte de quem foi agredido, todavia o reagente, em determinado momento, passa a agir com excesso e, assim, de agredido vira agressor injusto, e, nesse caso, o primeiro agressor, vitimado pelo excesso praticado pelo agredido, tem o direito de, sucessivamente, reagir em legítima defesa. Ou seja, é a reação justa do primeiro agressor contra o excesso doloso do ofendido – "o agressor virou agredido";

Exemplo: A esmurrou B injustamente. B reagiu normalmente em legítima defesa. B, na seqüência, em excesso doloso, avança contra A para matá-lo com uma faca. A, então, consegue localizar uma arma e mata B. A solução

é a seguinte: A, ao esmurrar B, cometeu lesão corporal dolosa simples. B, ao reagir em legítima defesa, não praticou crime. B, entretanto, em excesso doloso, praticou tentativa de homicídio contra A, e este, em legítima defesa sucessiva, matou B. Logo, o crime de B (tentativa de homicídio) teve sua punibilidade extinta (pela morte de B). A, como matou B em legítima defesa sucessiva, não praticou crime nessa oportunidade. E, assim, sobrou apenas o primeiro crime praticado por A: lesão corporal dolosa simples.

d. **legítima defesa putativa** – ocorre quando o agente, por erro quanto à realidade fática, supõe estar diante de agressão injusta, que é imaginária, não existente, portanto, supõe que se encontra em situação de legítima defesa, que, na realidade, não existe, e reage acreditando nessa situação fática; trata-se de erro de tipo – temos uma descriminante putativa – legítima defesa putativa – estando afastado o dolo, podendo o sujeito responder com censurabilidade diminuída – responderá por culpa (art. 20, § 1º, do CP).

Exemplo: Existe um boato de que João quer matar Pedro. Este, diante da insistência da notícia, crê na ameaça e começa a andar armado. Certo dia, João está caminhando na direção de Pedro e leva a mão ao bolso. Pedro, crendo que ocorrerá uma agressão, que é iminente, saca sua arma e mata João. Todavia, João não trazia arma alguma consigo. O fato descrito constitui legítima defesa putativa que nada mais é do que erro que recai sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação

e. **legítima defesa subjetiva** – se, por erro quanto à realidade fática, alguém, depois de ser agredido injustamente e reagir de forma legítima (depois de ter havido legítima defesa real), acredita que ainda será agredido, portanto, imagina que ainda estaria em situação de legítima defesa, quando isso, na realidade, não existe, o que o leva a exceder-se na legítima defesa (ingressa no excesso por erro quanto à realidade fática), em sendo o erro invencível, temos a denominada legítima defesa subjetiva (afastados dolo e culpa).

Exemplo: A agride injustamente B e este reage em legítima defesa (houve, inicialmente, uma situação verdadeira de legítima defesa real). No entanto, A, em seguida, leva a mão ao bolso e B imagina que ele está armado e irá atirar. Crendo que está na iminência de ser agredido novamente, B mata A,

todavia A não trazia arma alguma consigo. B excedeu-se por acreditar que estava diante de nova agressão, iminente, que era imaginária. B acreditou que A iria novamente agredi-lo (erro quanto à situação fática) e reagiu, acreditando estar em legítima defesa. Tendo havido erro apenas na fase de excesso (porque antes havia, realmente, situação de legítima defesa), e se tal erro for invencível ou escusável, haverá a denominada legítima defesa subjetiva.

Como podemos notar, quando o erro é total, ou seja, quando o erro recai sobre todo o contexto fático (quando nunca existiu, de verdade, uma agressão), o caso revela **legítima defesa putativa**. Se o erro, todavia, é parcial, ou seja, apenas ocorre depois de ter havido uma legítima defesa real, fazendo com que haja apenas erro na fase de excesso, o caso revela **legítima defesa subjetiva**.

2.11.8 Estrito cumprimento de dever legal

Agentes públicos, via de regra, são os destinatários de dever legal. E se agem cumprindo estritamente esse dever legal, não poderão, evidentemente, responder por crime. Em contrapartida, tais agentes públicos têm o dever de agir e, se não o fizerem, poderão, em tese, responder por prevaricação (art. 319 do CP).

Dever legal é toda obrigação direta ou indiretamente derivada de lei em sentido amplo (lei em sentido estrito, penal ou extrapenal; decreto; regulamento; inclusive decisões judiciais). Ex.: o art. 301 do CPP atribui, à autoridade policial e seus agentes, o dever legal de prenderem quem estiver em flagrante delito.

A par desses requisitos objetivos, há o de ordem subjetiva, ou seja, somente estará justificada a conduta do agente que agir em razão do dever imposto por lei, havendo crime se outro for o móvel.

Pode ser que o agente obre em excesso. Se o excesso é voluntário, consciente, responderá pelo crime praticado durante o excesso a título de dolo. Se, todavia, o erro advier de erro quanto à apreciação da situação fática, acreditando, o agente, ainda encontrar-se em situação de cumprir o dever legal, haverá uma descriminante putativa – estrito cumprimento de dever legal putativo – dando-se o tratamento de erro de tipo.

Atenção: O policial que mata preso em fuga não está amparado pelo estrito cumprimento do dever legal, pois não há esse dever imposto em lei. O art. 284 do CPP diz que: "não será permitido emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso". Assim, o policial poderá e deverá usar força nos casos de resistência ou tentativa de fuga do preso, mas só a indispensável e proporcional para evitar a fuga do preso. O que poderá ocorrer é o preso, na fuga, atirar contra o policial; este, reagindo, estará em legítima defesa própria, diante da agressão injusta, e, eventualmente, poderá até matar o preso. Note, porém, que estará escudado em legítima defesa, e não no estrito cumprimento de dever legal.

2.11.9 Exercício regular de direito

Se o ordenamento jurídico atribui determinado direito a alguém e este o exerce regularmente, logicamente não haverá crime, estando excluída a ilicitude da conduta. Ex.: segundo o art. 301 do CPP, o particular pode prender quem estiver em flagrante delito. Se, porém, não há previsão, o exercício arbitrário configurará crime do art. 345 do CP (exercício arbitrário das próprias razões). Lembre-se ainda de que a conduta somente estará justificada se presente o elemento subjetivo.

Pode ser que haja excesso. Se o excesso é voluntário, consciente, deve-se responder pelo crime praticado durante o excesso a título de dolo. Se, todavia, o erro advier de erro quanto à apreciação da situação fática, acreditando, a pessoa, ainda encontrar-se em situação de exercício regular de direito, haverá uma descriminante putativa – exercício regular de direito putativo – dando-se o tratamento de erro de tipo.

2.11.10 Descriminantes putativas

Note que, na maioria das vezes, a descriminante putativa surge a partir de erro que incide sobre a realidade fática, ou seja, alguém supõe, pela situação fática que se apresenta, que está diante de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. Nesse caso, quando o erro versa sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação, há **erro de tipo** (se invencível, afasta dolo e culpa; se vencível, afasta o dolo, podendo ocorrer culpa, se prevista a modalidade culposa).

Caso, porém, a descriminante putativa surja por erro quanto aos limites legais, normativos, ou seja, se a descriminante surgir a partir de erro sobre a realidade jurídica (ex.: oficial de justiça está procedendo à constrição de bens de alguém, portanto, há uma situação de agressão, mas justa, uma vez que cumpre ordem judicial, e a pessoa supõe que o ordenamento lhe confere o direito de reagir em legítima defesa), acreditando, a pessoa, estar abrigada por excludente de ilicitude por expressa permissão legal, haverá **erro de proibição** (é o denominado **erro de proibição indireto**), o qual, se invencível, afastará a culpabilidade, e, se vencível, operará redução de pena (art. 21, *caput*, do CP).

2.12 Culpabilidade

2.12.1 Aspectos gerais

O crime, adotada a divisão dicotômica ou bipartida, exige dois requisitos genéricos: **fato típico e antijuridicidade**. todavia, para a pena ser imposta, é necessário a **culpabilidade**, que funciona como **pressuposto para a aplicação da pena**.

Portanto, **para que haja crime**, bastam dois requisitos: **fato típico e antijurídico**. E, **para que haja imposição de pena**, faz-se necessária a **culpabilidade**.

Não se pode confundir, todavia, **culpabilidade** com **culpa**. Culpa (que é a culpa em sentido estrito) é aquela que, agregada a uma conduta, configura a conduta típica culposa (lembre-se de que a conduta típica pode ser dolosa, culposa ou preterdolosa). Já a culpabilidade (que é a culpa em sentido amplo) ocorre quando alguém é responsável por algo, incidindo um juízo de reprovabilidade, de censurabilidade sobre a conduta.

Portanto, culpabilidade significa culpa em sentido amplo, ou seja, reprovabilidade da conduta (não se trata de culpa em sentido estrito – a tipicidade culposa – que foi estudada no fato típico). Em outras palavras, somente haverá possibilidade de se impor pena se o fato praticado pelo agente for reprovável. E o núcleo da culpabilidade é essencialmente a culpabilidade do fato, e não do autor. Isso não significa que devamos abstrair totalmente a figura do autor, e sim que, de forma preponderante, é a culpabilidade do fato que irá orientar a aplicação da pena.

O Código Penal brasileiro adota a **teoria normativa pura (limitada) da culpabilidade**, que se relaciona com a teoria finalista da ação. Por ela, dolo e culpa foram agregados à conduta, e a culpabilidade é aferida verificando-se os seguintes elementos: **imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa**.

Atenção: Para que haja culpabilidade, há necessidade da cumulação dos três elementos.

A teoria adotada pelo Código Penal é a teoria normativa pura da culpabilidade, mas sob o viés da teoria limitada da culpabilidade, pela qual as descriminantes putativas, se derivadas de erro quanto à situação de fato, configuram **erro de tipo**, e, se derivadas de erro quanto aos limites normativos (legais) da causa de justificação, configuram **erro de proibição**.

2.12.2 Imputabilidade

A imputabilidade é o primeiro elemento da culpabilidade. O Código Penal brasileiro, todavia, não conceitua a imputabilidade. No art. 26, *caput*, encontramos o conceito de inimputabilidade. Logo, para sabermos o que é imputabilidade, devemos observar, a *contrario sensu*, o conceito de inimputabilidade. Assim, será imputável o sujeito mentalmente são e desenvolvido que, ao tempo do crime (ação ou omissão), era inteiramente capaz (tinha plena capacidade) de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Note que, para que haja imputabilidade, é necessário que o agente apresente as duas capacidades: intelectiva (entender o significado da conduta) e volitiva (autodeterminação). Faltando uma delas, faltará a imputabilidade.

Há, porém, causas que não excluem a imputabilidade, causas que a excluem e causas que reduzem a censurabilidade. É o que veremos a seguir.

2.12.2.1 Causas que não excluem a imputabilidade

a. **Art. 28, inc. I, CP** – a emoção ou a paixão; lembre-se de que, embora não afaste a imputabilidade, a emoção e a paixão podem diminuir a pena [ex.: art. 121, § 1º, do CP – homicídio privilegiado praticado sob o domínio de violenta emoção (incluída a paixão) – e art. 65, inc. III, *c*, do CP – atenuante genérica nos casos de crimes praticados sob a influência de violenta emoção (incluída a paixão)].

b. **Art. 28, inc. II, CP** – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos (aplicação da teoria da *actio libera in causa*: não ocorre exclusão da responsabilidade se o agente, ao ingerir a substância, era livre para decidir se devia ou não fazê-lo, tinha plena consciência do que fazia e o resultado, ao menos, era previsível); se se tratar de embriaguez preordenada, incide a agravante do art. 61, II, *l*, do CP.

2.12.2.2 Causas que excluem a imputabilidade

a. Inimputabilidade

Consoante dispõe o art. 26, *caput*, do Código Penal, é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Atenção: Para ser inimputável, não é necessário que as duas capacidades inexistam (entendimento e autodeterminação), o que poderá, todavia, ocorrer; basta uma delas inexistir.

Exemplo: Acusado foi submetido a exame de insanidade mental, o qual aponta que o sujeito é portador de doença mental, porém, o laudo retrata que ele, ao tempo do crime, tinha plena capacidade de entendimento e autodeterminação. Não será considerado inimputável, pois não basta ter doença mental. É necessário que, por conta desse fator, ao tempo do crime, tenha estado afastada, completamente, pelo menos uma das duas capacidades: intelectiva ou volitiva. Para ser considerado inimputável, deve ter doença mental e, por conta disso, ao tempo do crime, faltar ao agente, inteiramente, a capacidade de entendimento ou a capacidade de autodeterminação (ou as duas).

O sistema adotado, como se verifica, é o **biopsicológico**. Em outras palavras, para a inimputabilidade não basta ter doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (causa). É necessário que, em razão disso, o agente atue sem a capacidade intelectiva ou volitiva, ou sem ambas (efeito).

Caso o agente esteja nessa condição, o juiz deverá absolvê-lo e impor medida de segurança, com base no art. 97 do Código Penal – trata-se da denominada sentença absolutória imprópria – (art. 386, V, do CPP, c/c art. 97 do CP).

b. Menoridade penal

No sistema penal brasileiro, o menor de 18 anos é considerado inimputável. A presunção, nesse sentido, é absoluta, portanto, adota-se, por exceção, o sistema **biológico** (basta, portanto, a menoridade). Os menores cometem atos infracionais e respondem perante a Vara da Infância e Juventude, estando sujeitos às medidas socioeducativas, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

c. Embriaguez acidental completa por caso fortuito ou força maior

De acordo com o art. 28, § 1º, do Código Penal, é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Atenção: Aqui se trata da embriaguez acidental completa proveniente de caso fortuito ou força maior, que, dependendo, poderá afastar a culpabilidade (não confundir com a embriaguez voluntária ou culposa que, como vimos, não afasta a imputabilidade).

O sistema adotado, portanto, é o **biopsicológico**. Em outras palavras, para que o agente seja isento de pena, não basta ter agido sob estado de embriaguez acidental completa (causa). É necessário que, em razão disso, o agente atue sem a capacidade intelectiva ou volitiva, ou sem ambas (efeito).

Caso o agente esteja nessa condição, o juiz deverá absolvê-lo (art. 386, V, do CPP), não cabendo imposição de medida de segurança.

Exemplo de embriaguez acidental por força maior: trote acadêmico, em que alunos forçam outro a ingerir bebida alcoólica, e este, completamente embriagado, pois foi obrigado a beber (força maior), sai dirigindo um carro, atropela alguém e causa a sua morte; havendo embriaguez acidental completa por força maior e se, por isso, ao tempo do crime, ele não tinha capacidade de entender o que estava fazendo, ou de autodeterminar-se (ou ambas), estará afastada a imputabilidade e, portanto, a culpabilidade.

Exemplo de embriaguez acidental por caso fortuito: A está em uma festa com os amigos e todos deixam seus copos de bebida em uma mesa. B coloca droga em seu copo, e A, por engano, troca os copos, pega o copo de B e bebe. Ao ingerir a bebida, A fica completamente alucinado e acaba, nesse estado, por cometer um crime. Esse é um caso de embriaguez acidental por caso fortuito e, se ficar apurado que, assim, ao tempo do crime, ele não tinha capacidade de entender o que estava fazendo, ou de autodeterminar-se (ou ambas), estará afastada a imputabilidade e, portanto, a culpabilidade.

2.12.2.3 Causas que reduzem a censurabilidade

Há causas que fazem com que a responsabilidade do agente seja diminuída. Fala-se, comumente, em imputabilidade diminuída, mas a expressão não é correta, pois o agente é imputável. Na verdade, a censurabilidade, nesses casos, é diminuída, sendo casos de responsabilidade diminuída.

a. Semi-imputabilidade

De acordo com o art. 26, parágrafo único, do Código Penal, que prevê a semi-imputabilidade, a pena pode ser reduzida de 1/3 a 2/3 se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (note que, nesse caso, não se exige plena incapacidade, e sim redução da capacidade de entendimento ou autodeterminação).

Aplica-se, aqui, o sistema **biopsicológico**, pois não basta o agente ter perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (causa). É necessário que, em razão disso, o agente tenha tido redução da capacidade intelectiva ou volitiva, ou ambas (efeito).

A semi-imputabilidade é causa obrigatória de redução de pena. Nesse caso, o juiz deverá condenar o agente e reduzir obrigatoriamente a pena, e, depois, segundo o art. 98 do Código Penal, deverá optar pela imposição, ao réu, do cumprimento de pena ou submissão à medida de segurança (aplica-se, portanto, o sistema vicariante ou unitário, ou seja, caberá imposição de pena ou medida de segurança – nunca as duas). O juiz, normalmente, segue a orientação do laudo pericial, que dirá se, para o caso, basta pena reduzida ou imposição de medida de segurança. Caso opte pela pena, ela será reduzida obrigatoriamente e, se optar por medida de segurança, deverá ser atendido o art. 98 do Código Penal.

Atenção: Até à reforma penal de 1984, vigorava o sistema denominado "duplo binário", "dualista", "dupla via" ou "dois trilhos", pelo qual, na situação de semi-imputabilidade, o agente deveria cumprir pena e medida de segurança, cumulativamente; atualmente, vigora o sistema denominado "vicariante" ou "unitário", presente no art. 98 do CP, pelo qual o juiz deverá optar, nesses casos, pela imposição da pena (reduzida obrigatoriamente) ou medida de segurança, não podendo cumulá-las.

b. Embriaguez acidental incompleta por caso fortuito ou força maior

Segundo o art. 28, § 2º, do Código Penal, a pena pode ser reduzida de 1/3 a 2/3 se o agente, por embriaguez (incompleta) acidental (por caso fortuito ou de força maior), não possuía, ao tempo do crime (ação ou omissão), a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (basta que haja redução de uma das duas capacidades).

Aqui, como se vê, aplica-se novamente o sistema **biopsicológico**, ou seja, não basta o agente ser portador de embriaguez incompleta acidental (causa), devendo, por conta disso, ter sido reduzida a capacidade de entender ou de querer, ou ambas.

Nesse caso, o juiz deverá condenar o agente e reduzir a pena obrigatoriamente (de 1/3 a 2/3), não cabendo imposição de medida de segurança.

2.12.3 Potencial consciência de ilicitude

É o conhecimento leigo e profano que alguém tem de que faz algo contrário ao direito. Não há necessidade de conhecimento técnico-jurídico (o que exigiria, quase sempre, o conhecimento da lei), tão-somente um juízo profano de que obra contrariamente ao direito.

Exemplo: Morador de um vilarejo na divisa do País, pessoa simples, sem qualquer instrução (não sabe ler nem escrever), sem acesso a rádio, televisão etc.; essa pessoa não sabe o que é Código Penal, não conhece o art. 121, mas, se lhe for perguntado se pode matar alguém, responderá prontamente que não; essa pessoa tem um juízo profano de que matar alguém é contrário ao direito e de que isso é proibido, o que basta para a sua responsabilização.

Lembre-se de que a mera alegação de desconhecimento da lei não exime o agente (art. 3º da LICC, e art. 21 do CP). Isso, no máximo, importará aplicação da atenuante genérica, disposta no art. 65, inc. II, do CP.

Para que se reconheça a ausência de consciência de ilicitude, deve-se provar que o agente não tinha e nem poderia ter consciência (ao

menos profana) de que fazia algo errado (ou seja, o agente, de acordo com as suas condições pessoais, acreditava estar fazendo o certo, não tinha condição de saber que fazia algo contrário ao direito).

Se assim ocorrer, estaremos diante de erro de proibição invencível, escusável, inevitável, que exclui a culpabilidade pela inexistência da potencial consciência de ilicitude (art. 21 do CP).

Todavia, se o agente não tinha, mas podia ter essa consciência (as suas condições pessoais permitiam e exigiam que atingisse essa consciência, tendo havido descuido de sua parte), estaremos diante de erro de proibição vencível, inevitável, portanto, inescusável, que apenas diminui a pena (segundo o art. 21 do CP, de 1/6 a 1/3).

Exemplo: Peão de fazenda, rotineiramente, roça o mato na beira do rio para o gado beber água, desconhecendo que a lei dos crimes ambientais tipifica a conduta como crime (art. 48 da Lei n. 9.605/98). Acredita, como sempre o fez, que está fazendo o certo. Em um determinado dia, agentes da fiscalização ambiental fazem uma reunião com todos os empregados de fazendas daquela região e explicam que o corte de vegetação na beira dos cursos d'água é tipificado como crime. No dia seguinte, esse peão está na fazenda e o proprietário da área manda-o roçar o mato na beira do rio. Ele vai até lá, mas, antes de começar, ele certamente irá verificar se alguém está vendo o que está fazendo. Por que ele faz isso? Porque o peão, embora continue desconhecendo a lei (veja que ele não conhece o texto legal), agora sabe, em razão da reunião havida, que o que irá fazer é crime. Ele, que até ontem poderia não ter, agora tem potencial consciência da ilicitude. Doravante, ele sabe que faz algo contrário ao direito. Não mais seria possível excluir a culpabilidade.

Quando o sujeito obra sem consciência da ilicitude, ele obra em erro de proibição. E o erro de proibição está ligado à culpabilidade. É o que está disposto no art. 21: "... O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço".

Atenção: Enquanto o erro de tipo está ligado à tipicidade (se invencível, afasta dolo e culpa; se vencível, afasta dolo, e não a culpa), o erro de proibição está ligado à culpabilidade (se invencível, afasta a culpabilidade; se vencível, diminui a pena).

2.12.3.1 Erro de proibição direto e indireto

Como já salientamos anteriormente, muitas vezes ocorre de o agente incidir em erro sobre a realidade fática, ou seja, supõe, pela situação fática que se apresenta, que está diante de uma excludente de ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. Nesse caso, quando o erro versa sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação, ocorre a **descriminante putativa por erro de tipo** (se invencível, afasta dolo e culpa; se vencível, afasta o dolo, podendo ocorrer culpa, se prevista a modalidade culposa).

Caso, porém, a **descriminante putativa** surja por erro quanto aos limites legais, normativos, ou seja, a partir de erro sobre a realidade jurídica (ex.: oficial de justiça está procedendo à constrição de bens de alguém, portanto, há uma situação de agressão, mas justa, uma vez que cumpre ordem judicial, e a pessoa supõe que o ordenamento lhe confere o direito de reagir em legítima defesa), acreditando, a pessoa, estar abrigada por excludente de ilicitude, por expressa permissão legal, haverá **erro de proibição indireto (descriminante putativa por erro de proibição)**, o qual, se invencível, afastará a culpabilidade, e se vencível, operará redução de pena (art. 21, *caput*, do CP).

Mas pode acontecer de alguém desconhecer que existe norma penal cunhando a sua conduta de criminosa, e, assim, age acreditando tratar-se de conduta lícita, quando não é. Nesse caso, não tendo consciência da ilicitude da sua conduta (ex.: alguém omite, na Carteira de Trabalho, a vigência do contrato de trabalho, desconhecendo tratar-se de conduta criminosa – art. 297, § 4º, do CP), haverá **erro de proibição direto**, o qual, se invencível, afastará a culpabilidade, e, se vencível, operará redução de pena (art. 21, *caput*, do CP).

Logo:

a. erro sobre realidade fática, que leva o agente a crer que está diante de excludente de ilicitude, que não existe – **descriminante putativa por erro de tipo** (terá o tratamento de erro de

tipo: se invencível, afasta dolo e culpa; se vencível, afasta dolo e o agente poderá responder por culpa, se prevista modalidade culposa);

b. erro sobre realidade jurídica (má apreciação ou desconhecimento da legislação), que leva o agente a crer que está diante de excludente de ilicitude, que não existe – **descriminante putativa por erro de proibição – erro de proibição indireto** (terá o tratamento de erro de proibição: se invencível, afasta a culpabilidade; se vencível, haverá redução de pena);

c. erro sobre realidade jurídica (má apreciação ou desconhecimento da legislação), que leva o agente a crer que sua conduta é lícita, mas ela é criminosa – **erro de proibição direto** (terá o tratamento de erro de proibição: se invencível, afasta a culpabilidade; se vencível, haverá redução de pena).

2.12.4 Exigibilidade de conduta diversa

Alguém somente pode ser punido, ter reprovada a conduta, portanto sofrer inflição de pena, se era exigível, de sua parte, conduta diversa da que adotou. Se a situação concreta espelhar inexigibilidade de conduta diversa (ou seja, qualquer pessoa, em seu lugar, adotaria idêntica conduta), não haverá reprovabilidade, portanto culpabilidade. Em outras palavras, somente há culpabilidade do agente se este, diante da situação fática, pudesse realizar conduta diversa da que adotou (se, podendo agir diferentemente, não o fez).

Há duas situações previstas no art. 22 do Código Penal que traduzem **inexigibilidade de conduta diversa:** coação moral irresistível e obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico.

a. **Coação moral irresistível** – o CP, no art. 22, dispõe que "se o fato é cometido sob coação irresistível (...) só é punível o autor da coação"; embora a lei penal não diga expressamente, trata-se da **coação moral** que, se irresistível, atribui responsabilidade penal apenas ao coator (não se trata da coação física irresistível,

pois esta, como já vimos, afasta a voluntariedade da conduta, portanto nem haveria conduta, sendo o fato atípico).

b. **Obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico** – o CP, no art. 22, dispõe que "se o fato é cometido (...) em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor (...) da ordem"; se a ordem é legal, não haverá crime (superior e inferior hierárquico estarão no estrito cumprimento do dever legal); se a ordem é manifestamente ilegal, ambos cometerão crime; se a ordem é não manifestamente ilegal, apenas o superior hierárquico responderá pelo crime, havendo isenção de culpabilidade para o inferior hierárquico.

2.13 Concurso de pessoas

2.13.1 Introdução

Na maioria das vezes, uma pessoa pratica uma infração penal. Todavia, por vezes, várias pessoas se reúnem para praticá-la (aqui está o concurso de pessoas ou de agentes).

2.13.1.1 Espécies de crimes quanto ao concurso de agentes

a. **Monossubjetivos, unissubjetivos ou de concurso eventual:** são aqueles praticados por um só agente, não se exigindo o concurso de alguém; eventualmente, porém, podem ser praticados por mais de um (a co-autoria e a participação não são obrigatórias, não são imprescindíveis, podendo ou não, ocorrer). **Exemplos:** homicídio, estelionato, furto, roubo, na maioria das vezes, são praticados por uma só pessoa, não se exigindo mais de um para que se aperfeiçoem; eventualmente, poderão ser praticados por mais de um (o concurso é eventual, não obrigatório).

b. **Plurissubjetivos ou de concurso necessário:** são aqueles em que a pluralidade de agentes é condição para a existência do

ilícito penal, ou seja, para que essas infrações se aperfeiçoem há a necessidade de mais de um agente (nesse caso, a co-autoria é obrigatória, imprescindível, podendo ou não ocorrer participação). **Exemplo:** o crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) exige, obrigatoriamente, mais de três autores (portanto, quatro autores), sem os quais ele não terá existência; o crime de rixa (art. 137 do CP) exige, no mínimo, três autores (o concurso, como se vê, é obrigatório, necessário e imprescindível).

2.13.1.2 Teorias sobre o concurso de agentes

Existem três teorias a respeito: teoria unitária, monista ou monística; teoria dualista ou dualística; e teoria pluralística.

Para a primeira (teoria unitária, monista ou monística), todos os que contribuem para a integração de um crime respondem pelo mesmo crime. Para a segunda (teoria dualista), os autores respondem por um crime, e os partícipes, por outro. E para a terceira (teoria pluralística), a conduta de cada um, autor ou partícipe, deve ser analisada *de per si* e enquadrada tipicamente, havendo um crime diferente para cada um.

O Código Penal brasileiro adotou, como regra, a **teoria unitária, monista ou monística**, pois, de acordo com o art. 29, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Há, porém, exceções:

a. art. 29, § 2°, do CP: dispõe que, se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste, devendo a pena ser majorada de metade na hipótese de o resultado mais grave ter sido previsível; veja que, embora seja um só crime praticado, e, pela regra, deverem todos responder por um só crime, nesse caso, os agentes poderão responder por crimes diversos (ex.: A e B ajustam praticar furto a residência e enquanto A fica do lado de fora, vigiando, B entra na casa armado, sem que A saiba, e vem a matar a vítima; nesse caso, comprovado que A queria participar de crime menos grave,

responderá por furto qualificado pelo concurso de pessoas, enquanto B responderá por latrocínio);

b. **arts. 124 e 126 do Código Penal:** embora seja um fato só, e todos devessem responder pelo mesmo crime, a gestante, quando dá o consentimento para o aborto, responde pelo art. 124, CP (aborto consentido), e o terceiro, que o pratica, responde pelo art. 126, CP (aborto com o consentimento da gestante);

c. **arts. 317 e 333 do Código Penal:** quando o terceiro oferece vantagem indevida a funcionário público, responde pelo art. 333, CP (corrupção ativa), e o funcionário, ao recebê-la, responde pelo art. 317, CP (corrupção passiva).

2.13.2 Requisitos

Três requisitos são exigidos para que haja concurso de agentes:

a. **pluralidade de condutas** – como se trata de concurso de pessoas, logicamente há mais de uma conduta a ser considerada;

b. **relevância causal da conduta (causalidade física)** – somente pode responder pela infração aquele que efetivamente contribuiu para tanto, não podendo, uma conduta irrelevante, levar o agente a responder pelo ilícito; se a conduta de alguém não teve qualquer relevância para a infração, tal pessoa não pode, por ela, ser responsabilizada;

c. **liame subjetivo (causalidade psíquica)** – é o denominado princípio da convergência; aquele que adere subjetivamente à conduta de outrem e, com a mesma unidade de desígnios, contribui para o crime, responde pela infração (não se exige acordo prévio, bastando que haja contribuição consciente de que contribui para a prática infracional).

Exemplo: A, necessitando de um automóvel para transportar objetos furtados, liga para B, taxista, contratando-o para uma corrida, todavia não informa que aqueles objetos são produto de furto. B leva as coisas ao destino. Nesse caso, houve pluralidade de condutas (de A e B) e a conduta de B foi relevante, tendo em vista que, sem ele, A não teria como transportar

os produtos subtraídos; porém, não houve liame subjetivo, isso porque B desconhecia a origem dos objetos, não tendo havido adesão subjetiva, de sua parte, à conduta principal de A. Assim, embora a conduta de B tenha tido relevância causal, colaborando com a subtração, a falta do liame subjetivo (àdesão subjetiva) impede que B responda pelo crime.

Presentes os três requisitos, a conseqüência, aplicada a teoria unitária ou monista, será todos os participantes responderem pela mesma infração (salvo exceções, como vimos).

Atenção: A e B querem matar C:

1. Na primeira hipótese, A e B ajustam matar C e combinam que cada qual ficará de um lado da rua para ambos atirarem em C quando este passar; quando C passa pelo local, A e B descarregam suas armas, todavia apenas um dos disparos atinge C (dado pela arma de A); qual crime A e B respondem?

   Nesse caso, ambos respondem por homicídio doloso consumado (embora apenas o disparo efetuado por A tenha atingido C), isso porque houve pluralidade de condutas, relevância causal das condutas e liame subjetivo, o que faz com que ambos, aderidos subjetivamente, com a mesma unidade de desígnio, respondam pelo mesmo delito.

2. Na segunda hipótese, A e B querem matar C, mas um não conhece o outro, ou seja, um não sabe da intenção do outro, todavia, por coincidência, ambos, A e B, em um determinado dia e à mesma hora, postam-se, cada qual de um lado da rua, com suas armas, esperando C passar, e, quando C passa, A e B descarregam suas armas e apenas um dos disparos atinge C (dado pela arma de A); qual crime A e B respondem?

   Nesse caso, A responde por homicídio consumado e B por tentativa de homicídio, isso porque não havia liame subjetivo (um não sabia da existência e intenção do outro), o que faz com que cada qual responda pelo crime que efetivamente praticou (a falta de adesão subjetiva afasta o concurso de pessoas e não há como ambos responderem pelo mesmo crime).

Esse exemplo configura a denominada **autoria colateral**.

3. Na terceira hipótese, A e B querem matar C, mas um não conhece o outro, ou seja, um não sabe da intenção do outro, todavia, por coincidência, ambos, A e B, em um determinado dia e à mesma hora, postam-se, cada qual de um lado da rua, com suas armas, esperando C passar, e, quando C passa, A e B descarregam suas armas e apenas um dos disparos atinge C; ocorre, porém, que a perícia não consegue identificar a arma da qual partiu o disparo que atingiu C; qual crime A e B respondem?

   Nesse caso, como inexiste liame subjetivo, não há como ambos responderem por homicídio consumado, e, como não se determinou a arma da qual proveio o disparo fatal, não há como estabelecer quem matou C; a única solução é impor a ambos, A e B, o crime de tentativa de homicídio (pois, no mínimo, ambos praticaram esse crime).

   Esse exemplo configura a denominada **autoria incerta**.

2.13.3 Formas do concurso de pessoas

As formas de concurso de pessoas são: co-autoria e participação.

1. **Co-autoria** – todo agente que realizar a conduta descrita no tipo é considerado autor, não havendo necessidade de praticarem a mesma conduta (ex.: em um crime de roubo, aquele que utiliza violência física, outro que se vale de grave ameaça e um terceiro que subtrai pertences da vítima são autores; havendo mais de um autor, agiram em co-autoria).
2. **Participação** – todo aquele que concorre, de qualquer modo, para a prática do crime (sem que configure, logicamente, ato executório, porque, nesse caso, seria autor) é considerado partícipe, devendo responder pelo mesmo crime na medida da sua culpabilidade, de acordo com o art. 29 do Código Penal (ex.: em um roubo a banco, é considerado partícipe aquele que permanece vigiando do lado de fora da agência bancária); havendo mais de um, haverá co-participação.

As formas de participação, que é sempre uma conduta acessória à do autor, são: **moral** e **material**.

a. **Participação moral por induzimento ou determinação** – ocorre quando alguém determina, quando alguém "faz nascer a idéia criminosa" no agente principal (ex.: A convence B a matar C; B é autor, e A, partícipe moral por induzimento).

b. **Participação moral por instigação ou incitação** – ocorre quando alguém "reforça a idéia criminosa", ou seja, a idéia criminosa preexistia no agente principal e alguém, válida e eficazmente, reitera e reforça o intento criminoso (ex.: A, sabedor de que B quer matar C, reforça esse desiderato: B é autor, e A partícipe moral por instigação).

c. **Participação material** – ocorre nas hipóteses de auxílio material (ex.: A empresta veículo, ciente e auxiliando a prática criminosa de B; B é autor, e A, partícipe material).

2.13.3.1 Participação posterior

Qual crime pratica alguém que ingressa na corrente criminosa após uma prática criminosa? A participação posterior, depois que um crime já foi inteiramente perpetrado, faz com que alguém responda pelo mesmo crime, como co-autor ou partícipe, ou deve responder por crime autônomo?

a. Se houve ajuste anterior, deve ser considerado co-autor ou partícipe do crime realizado.

Exemplo 1: A vai à casa de B, seu amigo, e diz que vai para a rua roubar um veículo, inclusive mostra a arma que utilizará, e pede ao amigo que lhe empreste a garagem para que possa esconder o veículo, produto do roubo; B, ciente do roubo que será praticado, empresta a garagem e, assim ajustado, recebe, posteriormente, o veículo roubado; nesse caso, como houve ajuste anterior, e como B aderiu subjetivamente à conduta de A, antes da prática criminosa que seria empreendida, B será partícipe material do roubo praticado por A (A, nesse caso, é autor do crime em questão).

Exemplo 2: A vai à casa de B, seu amigo, e diz que vai adquirir veículo produto de roubo (receptação dolosa), e pede ao amigo que empreste a garagem para que possa ocultar o veículo; B, ciente da receptação que será praticada por A, empresta a garagem e, assim ajustado, recebe posteriormente o veículo em questão, ocultando-o; nesse caso, embora B ingresse na prática criminosa após A comprar o veículo, ambos, ajustados e vinculados subjetivamente, responderão como autores (portanto, há co-autoria) do crime de receptação dolosa própria (A adquiriu e B ocultou coisa, ciente de que era produto de crime).

b. Se não houve ajuste anterior, deve responder por crime autônomo.

Exemplo: A rouba um veículo e comparece depois à casa de B, seu amigo, pedindo-lhe que empreste a garagem para que possa esconder o veículo até o dia seguinte; como não houve ajuste anterior, portanto, ambos não estavam vinculados subjetivamente, A responderá pelo roubo e B pelo crime de receptação – art. 180 do CP – ou pelo crime de favorecimento real – art. 349 do CP.

2.13.4 Teorias sobre autoria e participação

Há três teorias acerca da autoria: teoria restritiva, teoria extensiva e teoria do domínio do fato.

A teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, a respeito do tema, é a **teoria restritiva** (art. 29 do CP), para a qual autor é aquele que realiza a conduta descrita no tipo penal, sendo considerado partícipe todo aquele que concorre para o delito (induzindo, instigando ou auxiliando materialmente o autor – participação moral ou material) sem praticar, todavia, ato executório.

Exemplo: Três pessoas, ajustadas, resolvem roubar um banco, sendo que uma fica do lado de fora vigiando e as outras duas entram na agência, onde se valem de violência e grave ameaça e subtraem determinada quantia em dinheiro; estes últimos, adotada a teoria restritiva, são co-autores, e o primeiro é partícipe; os dois primeiros porque praticaram atos executórios, e o último porque colaborou com o crime sem praticar atos executórios.

Por essa teoria, "mandante de crime" e "autor intelectual" não são propriamente autores, mas partícipes, isso porque não reali-

zam diretamente a conduta descrita no tipo penal. Todavia, adotada a teoria unitária ou monista, autores e partícipes, em regra, respondem pelo mesmo crime, não havendo, pois, relevância. Mais que isso. Apesar de partícipes, mandante e autor intelectual ficam sujeitos à agravante do art. 62, inc. I, do CP.

Além disso, doutrina e jurisprudência têm adotado, a par da teoria restritiva, a **teoria do domínio do fato**, a qual considera autor aquele que tem o domínio, o controle final do fato (veja que "mandante de crime" e "autor intelectual" têm controle do fato). Essa teoria considera autor também aquele que domina toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Logo, adotada a teoria do domínio do fato, mandante e autor intelectual são autores, e não partícipes.

Atenção: Uma teoria não exclui a outra; o CP adota a teoria restritiva, e a teoria do domínio do fato é complementar, considerando também autor aquele que detém o domínio, o controle final do fato.

2.13.5 Natureza jurídica da participação

A participação é conduta acessória à principal (do autor). E a adequação típica se faz de forma mediata ou indireta, utilizando-se a norma de ampliação típica pessoal do art. 29 do Código Penal.

No que tange ao âmbito de acessoriedade, adota-se, no sistema penal brasileiro, a **teoria da acessoriedade limitada**, ou seja, para o partícipe ser punido, para que responda pelo crime, basta que o autor tenha praticado um fato típico e antijurídico, sendo irrelevante se há culpabilidade de sua parte. No caso de o autor praticar um fato típico, mas não ilícito, não haverá crime por parte do partícipe.

2.13.6 Outros dispositivos de importância

a. Art. 29, § 1°, do CP – se a participação for de menor importância (portanto, esse dispositivo aplica-se tão-somente para o partícipe), a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

b. Art. 29, § 2°, do CP – se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave (cooperação dolosamente distinta), ser-lhe-á aplicada a pena deste (do crime menos grave), pena essa que será aumentada de metade se o resultado mais grave era previsível.

c. Art. 30 do CP – as condições e circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam, salvo se elementares do crime (ex.: se um funcionário público tem a ajuda de um vizinho, que não é funcionário público, estando ambos ajustados e vinculados subjetivamente, para apropriar-se de coisa que estava sob custódia da Administração, ambos responderão por peculato-apropriação – art. 312, *caput*, 1ª Parte, do CP – isso porque a elementar funcionário público, embora tendo caráter pessoal, comunica-se ao terceiro)

d. Art. 31 do CP – salvo disposição expressa em contrário, o ajuste, a determinação ou a instigação e o auxílio não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

2.14 Concurso de crimes

Na maioria das vezes, uma pessoa, mediante uma conduta, comete um crime. Mas pode ocorrer de uma pessoa, mediante uma ou várias condutas, cometer mais de um crime. Nesse caso, temos concurso de crimes (vários crimes resultantes de uma ou mais condutas).

Ocorre o concurso de crimes, portanto, quando um ou mais agentes (concurso de pessoas), por meio de uma ou mais condutas, pratica(m) dois ou mais delitos.

A importância do estudo desse instituto é estabelecer critérios para a aplicação das sanções. Para tanto, são utilizados dois sistemas: o do cúmulo material (acumulação ou acúmulo material), em que são somadas as penas de cada infração, e o da exasperação (aplica-se a pena da infração mais grave, ou uma delas, se iguais, acrescentando-se determinado percentual).

Há três espécies de concurso de crimes: **material ou real, formal ou ideal e crime continuado**.

2.14.1 Concurso material ou real de crimes

Dá-se o concurso material (ou real) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão (conduta), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nesse caso, aplica-se o sistema da cumulação ou cúmulo material de penas (as penas de cada infração serão somadas).

Dispõe o art. 69, § 1º, do CP que "na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código". Por sua vez, o § 2º dispõe que "quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais".

Atenção: Ação ou omissão (conduta) não se confunde com ato ou atos; se o agente esmurrar diversas vezes seu desafeto, estará praticando uma ação dolosa (uma conduta) de lesão corporal mediante prática de vários atos, portanto, estará cometendo somente um crime, não sendo caso de concurso de crimes; se, todavia, A encontra B e lhe desfere vários murros e, no dia seguinte, encontra C, irmão de B, e atira para matá-lo, não conseguindo o intento por circunstâncias alheias à sua vontade, A praticou duas condutas, duas ações dolosas distintas, ou seja, um crime de lesão corporal contra B e outro de tentativa de homicídio contra C (aqui há concurso material de infrações).

Quando o agente, com mais de uma conduta, praticar **dois ou mais crimes idênticos**, temos o denominado **concurso material homogêneo** (ex.: dois crimes de lesão corporal). E se praticar **dois ou mais crimes não idênticos**, temos o denominado **concurso material heterogêneo** (ex.: lesão corporal e furto).

2.14.2 Concurso formal ou ideal

Dá-se o concurso formal (ou ideal), que tem previsão no art. 70, do Código Penal, quando o agente, mediante uma só ação ou omissão (conduta), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

Se o agente, com uma só ação ou omissão (conduta), praticar **dois ou mais crimes idênticos**, temos o denominado **concurso formal homogêneo**.

Exemplo: A, dirigindo seu carro em alta velocidade, passa pelo sinal vermelho, portanto, age imprudentemente, e atropela duas pessoas, causando-lhes lesões corporais culposas: há uma conduta e dois crimes idênticos.

Se o agente, no entanto, praticar **dois ou mais crimes não idênticos** como resultado de uma só ação ou omissão (conduta), temos o denominado **concurso formal heterogêneo**.

Exemplo: No mesmo exemplo, suponha que uma vítima sofreu lesões corporais e a outra morreu: nesse caso, com uma só conduta, A produziu dois crimes não idênticos: lesão corporal culposa e homicídio culposo.

2.14.2.1 Classificação ou espécies

a. **Concurso formal próprio ou perfeito** – art. 70, *caput*, 1ª Parte, do CP – é aquele que o agente, com uma conduta, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não; nesse caso, aplica-se o sistema de **exasperação de penas** (toma-se a pena mais grave – se os crimes forem diferentes – ou uma delas – se forem iguais – aumentada, em qualquer caso, de 1/6 até 1/2).

Exemplo: Caminhão carregando bóias-frias, com 30 trabalhadores, sem nenhuma proteção, é dirigido imprudentemente, em alta velocidade, e vem a tombar, matando todos os lavradores; houve uma conduta culposa imprudente e 30 resultados idênticos (concurso formal homogêneo); o sistema é o da exasperação de penas, ou seja, aplica-se a pena de um dos crimes, porque são idênticos, exasperada de 1/6 até 1/2 (aumento por todos os demais crimes).

b. **Concurso formal impróprio ou imperfeito** – art. 70, *caput*, 2ª Parte, do CP – ocorre quando o agente, mediante uma conduta dolosa, pratica dois ou mais crimes, provenientes, porém, de desígnios autônomos; nesse caso, por exceção, o concurso continua a ser formal (pois os crimes resultaram de uma única conduta), mas as penas devem ser cumuladas (na aplicação da pena, o sistema será o do cúmulo material).

Exemplo: A está roubando uma senhora, aponta a arma e exige sua bolsa, e a vítima diz para ele que está grávida e não entrega a bolsa; o ladrão dá um tiro na vítima, matando-a e, em conseqüência, provoca aborto. Nesse caso, com uma conduta, dolosa, o agente praticou dois crimes (latrocínio e aborto sem o consentimento da gestante), tendo agido com desígnios autônomos, isso porque sabia da gravidez da vítima e tinha consciência de que, ao matá-la, estaria causando aborto; nesse caso, o concurso é formal (uma conduta), mas na forma imperfeita ou imprópria (as penas deverão ser cumuladas).

Atenção: Atente para a regra do art. 70, parágrafo único, do CP: a pena, aplicado o concurso formal, não poderá superar a que seria cabível se aplicado o concurso material.

2.14.3 Crime continuado

Previsto no art. 71 do Código Penal, dá-se o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão (conduta), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie (do mesmo tipo penal) e em condições semelhantes de tempo (dentro de um intervalo de 30 dias), lugar (exige-se proximidade: no mesmo bairro, bairros próximos, cidades vizinhas) e maneira de execução (basta que haja semelhança no *modus operandi* e não identidade), de tal modo que os subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro (o Código Penal adota a teoria da ficção, ou seja, presume, para aplicação da pena, que tenha ocorrido um crime só).

O Código Penal brasileiro adota a teoria objetiva pura, ou seja, basta, para o reconhecimento da continuidade delitiva, que o agente pratique crimes em condições objetivas semelhantes, sendo desnecessária unidade de desígnios. Todavia, é interessante acrescer que doutrina e jurisprudência têm entendimento pela aplicação da teoria objetivo-subjetiva (híbrida, portanto), ou seja, somente haverá crime continuado se os delitos praticados em continuidade foram parcelas de um todo ideado pelo agente.

Nesse caso, o sistema aplicado é o da **exasperação de penas**, ou seja, toma-se a pena de um dos crimes (se idênticas) ou a mais grave (se diversos), aumentada, em qualquer caso, de 1/6 a 2/3.

Atenção: A teoria adotada pelo Código Penal é a da **ficção:** note que o art. 71 dispõe que "... devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro..."; em outras palavras, o legislador brasileiro considera, por ficção, ter ocorrido um delito único; e também adota a **teoria objetiva**, isso porque somente exige, para o reconhecimento da continuidade delitiva, que os requisitos objetivos previstos em lei sejam atendidos.

Doutrina e jurisprudência adotam a **teoria da ficção**, mas não adotam a teoria objetiva, e sim a **objetivo-subjetiva**; em outras palavras, exigem que se atenda aos requisitos objetivos (crimes da mesma espécie e mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução), mas que haja, por parte do agente, unidade de desígnios, ou seja, que ele, desde o início, pratique os crimes como continuação do primeiro, sendo os vários crimes parcelas de um todo ideado e realizado (ex.: caixa de banco que pretende desviar uma quantia em dinheiro, mas pratica pequenos desvios diários, para não chamar a atenção).

2.14.3.1 Classificação ou espécies

a. **Crime continuado comum ou simples** – art. 71, *caput*, do CP – nesse caso, aplica-se o sistema de **exasperação de penas** (toma-se a pena mais grave – se os crimes forem diferentes – ou uma delas – se forem iguais – aumentada, em qualquer caso, de 1/6 até 2/3).

b. **Crime continuado específico ou qualificado** – art. 71, parágrafo único, do CP – ocorre quando há crimes dolosos em continuidade contra vítimas diversas, cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa [nesse caso, o juiz poderá tomar a pena de um dos crimes (se iguais) ou a mais grave (se os crimes forem diferentes) e aumentá-la até o triplo, observadas as regras do art. 70, parágrafo único (a pena não poderá exceder a que seria cabível se fosse aplicado a regra do concurso material), e do art. 75 do Código Penal (o limite de cumprimento da pena não poderá superar 30 anos)].

Atenção: Se o juiz constatar que a regra do crime continuado imporá pena maior que a do concurso material, aplicará a regra do concurso material benéfico.

2.14.4 Concurso e penas de multa

Atente para a regra do art. 72 do Código Penal, que trata da multa no caso de concurso de crimes. Nesse caso, como está no dispositivo, "as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente", ou seja, embora, quanto às penas privativas de liberdade, ocorra exasperação (no concurso formal e crime continuado), quando se trata de multas, todas deverão ser pagas integralmente pelo acusado.

Embora seja esse o mandamento legal, e a doutrina se incline nesse sentido, há forte entendimento jurisprudencial de que, no caso de crime continuado, a pena de multa deve sofrer a incidência do disposto no art. 71, isso pelo fato de o legislador, por ficção, entender a continuidade delitiva como crime único.

Questões

Teoria do crime

1. (OAB/PR – 2007.1 – adaptada) Sobre a Teoria do Delito, assinale a alternativa incorreta:
   (A) as excludentes de ilicitude ou antijuridicidade são um incentivo à prática da conduta típica em situações extremas;
   (B) as excludentes de antijuridicidade permitem a punição do autor por eventuais excessos;
   (C) o próprio Direito Penal prevê uma excludente (ou dirimente) de culpabilidade pelo desconhecimento da lei, embora afirme ser o seu conhecimento inescusável;
   (D) a ausência de culpabilidade pode se dar pela obediência hierárquica ou pela coação irresistível.

2. (OAB/RO – 43º) O que é crime subsidiário?
   (A) É aquele que somente ocorre quando a conduta do agente não configurar um crime mais grave.
   (B) É aquele que possui vínculo com outro(s).
   (C) É aquele que composto de dois ou mais tipos penais.
   (D) É aquele que apresenta descrição típica incompleta.

3. (OAB/DF – 2006.3) No que diz respeito aos denominados crimes à distância, de acordo com o ordenamento jurídico penal vigente, assinale a alternativa correta:
   (A) o direito penal brasileiro consagra a teoria da ação;
   (B) o direito penal brasileiro consagra a teoria do resultado;
   (C) o direito penal brasileiro consagra a teoria da ubiquidade;
   (D) o direito penal brasileiro consagra a teoria vicariante.

4. (OAB/DF – 2006.3) De acordo com os postulados da teoria da imputação objetiva, assinale a alternativa correta:
   (A) para que ocorra a imputação objetiva da conduta típica basta que o agente provoque uma situação de risco juridicamente proibido, pouco importando a materialização desse risco em resultado lesivo;
   (B) sendo a imputação objetiva tema afeto à tipicidade, a atuação nos limites do risco permitido não é penalmente típica, estando ausente o desvalor da conduta;
   (C) a imputação é excluída quando a conduta geradora do resultado se configurar como uma ação que diminui o risco existente ao invés de incrementá-lo;
   (D) não há imputação se a conduta geradora do resultado, apesar de haver ocasionado um perigo relevante para o bem jurídico, é considerada socialmente adequada.

5. (OAB/RO – 43º) Os elementos do tipo penal são objetivos
   (A) quando se referem ao estado psíquico do agente, ou seja, à finalidade de sua conduta, ou ao estado de consciência do agente em relação à determinada circunstância constante do tipo penal. Exemplo: lugar ermo (art. 150, § 1º, do CP) e repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP).

(B) quando se referem ao estado psíquico do agente, ou seja, à finalidade de sua conduta, ou ao estado de consciência do agente em relação à determinada circunstância constante do tipo penal. Exemplo: "para fim libidinoso" (art. 219 do CP) e "se é intenção do agente" (art. 130 do CP).
(C) quando se referem à materialidade da infração penal, à forma de execução, tempo, lugar etc. Exemplo: "para fim libidinoso" (art. 219 do CP) e "se é intenção do agente" (art. 130 do CP).
(D) quando se referem à materialidade da infração penal, à forma de execução, tempo, lugar etc. Exemplo: lugar ermo (art. 150, § 1°, do CP) e repouso noturno (art. 155, § 1°, do CP).

6. (OAB/MG – 2007.1) No que diz respeito à relação de causalidade, no âmbito da teoria do crime, pode-se afirmar que o Código Penal brasileiro adotou:
(A) a teoria da causalidade adequada;
(B) a teoria da equivalência dos antecedentes;
(C) a teoria da relevância causal;
(D) nenhuma das teorias indicadas acima.

7. (OAB/RO – 43°) O art. 151, do Código Penal brasileiro, diz textualmente: "Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem". O termo "indevidamente" é:
(A) elemento normativo do tipo;
(B) elemento descritivo do tipo;
(C) elemento objetivo do tipo;
(D) meio de execução do tipo.

8. (OAB/SP – 131°) Francisco de Assis Toledo, in: *O erro no direito penal* (Saraiva, 1977, p. 21), ao se referir à teoria finalista, afirmou: "a ... ganha um elemento – a consciência da ilicitude (consciência do injusto) – mas perde os anteriores elementos anímico-subjetivos – o dolo e a culpa *stricto sensu* – reduzindo-se, essencialmente, a um juízo de censura". Com essa frase, ele está se referindo à
(A) antijuridicidade.
(B) relação de causalidade.

(C) culpabilidade.
(D) tipicidade.

9. (OAB/PR – 2007.1) Sobre a Teoria do Delito, assinale a alternativa correta:
(A) a conduta humana só interessa ao Direito Penal quando causar um resultado material;
(B) a conduta que interessa ao Direito Penal tem que ser, necessariamente, comissiva;
(C) o juízo de tipicidade não precisa ser absoluto, admitindo-se a relativização de figuras típicas;
(D) os tipos penais somente podem ser imputados se anteriores à prática da conduta e estabelecidos por lei.

10. (OAB/RS – 2007.2) A, policial militar, assiste passivamente, durante o intervalo de seus turnos de trabalho, ao estupro de B, praticado nas dependências de uma lanchonete no centro da Capital. Neste caso, A responderá pelo crime de
(A) estupro, por força do art. 13, § 2.°, a, do Código Penal.
(B) omissão de socorro, com fundamento no art. 13, § 2°, *a*, do Código Penal.
(C) omissão de socorro, pois não está na posição de garantidor.
(D) prevaricação.

11. (OAB/MG – 2007.1) Segundo o Direito Penal brasileiro, a coação física irresistível é uma causa de exclusão:
(A) da ação;
(B) da tipicidade;
(C) da ilicitude;
(D) da culpabilidade.

12. (OAB/MG – 2007.1) Segundo o Direito Penal brasileiro, não constitui crime pluriofensivo:
(A) o roubo;
(B) a extorsão;
(C) a extorsão mediante seqüestro;
(D) o homicídio.

13. (OAB/DF – 2006.3) Sobre a culpa consciente (culpa com previsão), assinale a alternativa correta:
    (A) o agente prevê o resultado, assumindo o risco de que venha a ocorrer;
    (B) o agente não prevê o resultado, que era previsível;
    (C) o agente prevê o resultado, mas espera sinceramente que não venha a ocorrer;
    (D) o agente não prevê o resultado, que é imprevisível.

Erro

1. (OAB/SP – 131°) Assinale a alternativa correta sobre *aberratio ictus*, que ocorre quando o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa.
    (A) O agente responde como se tivesse praticado o crime contra a pessoa que pretendia ofender.
    (B) Não é possível ocorrer a *aberratio ictus* numa causa justificativa.
    (C) No caso de ser também ofendida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do concurso material.
    (D) As expressões *aberratio ictus* e *aberratio criminis* são sinônimas.

2. (OAB/RS – 2007.2) B, acreditando ser vítima de agressão injusta e iminente, que não existia de fato, agride C, causando-lhe lesões graves. Em sua defesa, B poderá alegar:
    (A) erro de tipo.
    (B) erro de tipo permissivo.
    (C) erro de proibição direto.
    (D) erro de proibição indireto.

3. (OAB/RS – 2007.2) O desconhecimento pleno da ilicitude da conduta ordenada por superior hierárquico autoriza, na defesa do processo criminal competente ao qual responderão o superior e o subordinado, a alegação de:
    (A) obediência hierárquica.
    (B) coação moral irresistível.

    (C) erro de proibição.
    (D) erro de tipo.

4. (OAB/RS – 2007.2) T, pretendendo matar G, desfecha-lhe um tiro fatal. Ao aproximar-se da vítima, T constata tratar-se de L, irmão gêmeo de G. Nesta hipótese, é correto afirmar que houve
    (A) erro de tipo.
    (B) descriminante putativa.
    (C) erro determinado por terceiro.
    (D) erro sobre a pessoa.

Tentativa, consumação e arrependimento

1. (OAB/SP – 132°) Pretendendo matá-lo, Fulano coloca veneno no café de Sicrano. Sem saber do envenenamento, Sicrano ingere o café. Logo em seguida, Fulano, arrependido, prescreve o antídoto a Sicrano, que sobrevive, sem qualquer seqüela. Diante disso, é correto afirmar que se trata de hipótese de:
    (A) crime impossível, pois o meio empregado por Fulano era absolutamente ineficaz para obtenção do resultado pretendido.
    (B) tentativa, pois o resultado não se consumou por circunstâncias alheias à vontade de Fulano.
    (C) arrependimento posterior, pois o dano foi reparado por Fulano até o recebimento da denúncia.
    (D) arrependimento eficaz, pois Fulano impediu voluntariamente que o resultado se produzisse.

2. (OAB/RS – 2007.2) G, querendo matar L, desfecha-lhe duas facadas no abdômen e foge. Arrependido, volta ao local do crime para prestar socorro, mas não mais encontra L, pois ela já havia sido removida pela ambulância chamada por A, que a tudo assistira. Trata-se de uma hipótese de:
    (A) arrependimento eficaz.
    (B) arrependimento posterior.
    (C) desistência voluntária.
    (D) tentativa de homicídio.

3. (OAB/RO – 43º) Assinale a assertiva incorreta.
   (A) Os crimes de atentado ou de empreendimento não admitem a figura da tentativa
   (B) Os atos preparatórios não são puníveis a não ser quando o legislador os define como atos executórios de outro crime autônomo
   (C) A redução de pena decorrente da hipótese de arrependimento posterior prevista no art. 16 do Código Penal não é aplicável aos crimes culposos
   (D) Inexiste delito tentado nas hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz em que o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução do crime ou impede que o resultado se produza

4. (OAB/PR – 2007.1) Sobre as formas especiais de cometimento de crimes (tentativa e figuras correlatas, concurso de pessoas e concurso de crimes), assinale a alternativa correta:
   (A) o arrependimento posterior é sempre causa de exclusão de punibilidade;
   (B) a prática de delito juntamente com um adolescente ou quem tenha retardo mental descaracteriza, por si só, a possibilidade de concurso de pessoas;
   (C) o concurso de crimes é caracterizado sempre pela prática de dois ou mais crimes mediante duas ou mais condutas;
   (D) a tentativa de infração penal não é sempre punível.

5. (OAB/CESPE-UnB – 2007.2) É cabível o arrependimento posterior no crime de
   (A) roubo.
   (B) furto.
   (C) lesão corporal dolosa.
   (D) homicídio.

Exclusão da ilicitude

1. (OAB/RO – 43º) O estado de necessidade exige, para a sua configuração, o concurso dos seguintes requisitos:

   (A) ameaça a direito próprio, perigo iminente e evitabilidade;
   (B) ameaça a direito próprio, atualidade do perigo e inevitabilidade;
   (C) ameaça a perigo próprio ou alheio, atualidade do perigo, o perigo deve ser inevitável, voluntariedade na produção do perigo, inexigibilidade de conduta diversa, inexistência do dever legal de enfrentar perigo e conhecimento da situação de fato justificante;
   (D) ameaça a perigo próprio ou alheio, atualidade do perigo, o perigo deve ser inevitável, involuntariedade na produção do perigo, inexigibilidade de conduta diversa, inexistência do dever legal de enfrentar o perigo e conhecimento da situação de fato justificante

2. (OAB/RS – 2007.2) O estado de necessidade poderá ser alegado:
   (A) por aquele que provocou o perigo.
   (B) pelo garantidor.
   (C) pelo agente de quem era exigível o sacrifício do direito ameaçado.
   (D) por aquele que poderia evitar o sacrifício e não o fez.

3. (OAB/RO – 43º) Como pode ser classificado o estado de necessidade:
   (A) quanto à titularidade do sujeito, quanto ao aspecto objetivo e quanto ao terceiro que sofre a ofensa;
   (B) quanto ao aspecto objetivo, quanto ao aspecto subjetivo e quanto ao sujeito que sofre a ofensa;
   (C) quanto à titularidade do interesse protegido, quanto ao aspecto objetivo do agente e quanto ao terceiro que sofre a ofensa;
   (D) quanto à titularidade do interesse protegido, quanto ao aspecto subjetivo do agente e quanto ao terceiro que sofre a ofensa.

4. (OAB/RJ – 32º) Sentindo-se acuado por um cão de grande porte, e não tendo para onde fugir, o pedreiro José abateu o animal com única marretada. Ocorre que o cão pertencia a Mário, era manso e, em busca de afagos, invadira o parque de obras no qual se encontrava José. Considerando essa situação hipotética, é correto afirmar que a conduta de José:
   (A) não configurou infração penal punível, em razão de legítima defesa.
   (B) não configurou infração penal punível, em razão de legítima defesa putativa.

(C) não configurou infração penal punível, em razão de estado de necessidade putativo.
(D) configurou crime de dano.

Culpabilidade

1. (OAB/RS – 2007.2) A imputabilidade penal dá-se a partir da:
   (A) zero hora do dia em que o agente completa 18 anos.
   (B) hora de nascimento do agente no dia em que ele completa 18 anos.
   (C) data da emancipação do agente.
   (D) zero hora do dia em que o agente completa 16 anos.

2. (OAB/RO – 43º) *Actio libera in causa*:
   (A) se dá quando o sujeito de propósito se coloca em situação de inconsciência para a prática de um crime;
   (B) se dá quando o sujeito pratica um fato descrito na norma penal;
   (C) se dá quando o sujeito tem a capacidade de querer e realizar a figura descrita na norma penal;
   (D) se dá quando o sujeito tem a capacidade de entender o caráter ilícito do fato típico.

3. (OAB/RJ – 32º) São consideradas causas legais de exclusão da culpabilidade:
   (A) coação moral resistível e obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal;
   (B) coação física irresistível e obediência hierárquica de ordem não manifestamente legal;
   (C) coação física resistível e obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal;
   (D) coação moral irresistível e obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal.

4. (OAB/CESPE-UnB – 2007.2) De acordo com o Código Penal, são imputáveis:
   (A) os silvícolas inadaptados.

   (B) os surdos-mudos inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
   (C) oligofrênicos e esquizofrênicos.
   (D) os menores de 18 anos.

5. (OAB/RO – 43º) A culpabilidade é composta pelos seguintes elementos:
   (A) imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e erro de proibição;
   (B) imputabilidade, previsibilidade e exigibilidade de conduta diversa;
   (C) imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa;
   (D) imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa, erro de proibição e previsibilidade.

Concurso de pessoas

1. (OAB/DF – 2006.3) No que diz respeito ao agente que, à distância, participa da idealização do crime, propicia os recursos necessários à aquisição dos instrumentos do crime, mas não participa dos atos executórios, assinale a alternativa correta:
   (A) o agente é considerado co-autor do crime;
   (B) o agente é considerado partícipe do crime, respondendo apenas pelos seus atos;
   (C) a participação do agente é considerada de menor importância;
   (D) o agente não será punido, pois não se pune o ajuste, determinação ou instigação e auxílio ao crime.

2. (OAB/SP – 131º) Em relação ao concurso de pessoas, é incorreto afirmar que:
   (A) ele pode realizar-se por meio de co-autoria e participação.
   (B) co-autor é quem executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que caracteriza a infração penal.
   (C) o partícipe realiza a conduta descrita pelo tipo penal.
   (D) o partícipe pratica uma conduta que contribui para a realização da infração penal, embora não esteja descrita no tipo penal.

Concurso de crimes

1. (OAB/RJ – 32.º) João obrigou Leila, mediante ameaça exercida com arma de fogo, a, com ele, praticar sexo anal. Após isso, João matou-a, para assegurar que ela não noticiaria o fato à autoridade policial. Nessa situação hipotética, João cometeu o crime de:
   (A) homicídio qualificado e atentado violento ao pudor, em concurso material.
   (B) estupro seguido de morte (crime preterdoloso)
   (C) homicídio qualificado e estupro, em continuidade delitiva.
   (D) atentado violento ao pudor seguido de morte (crime preterdoloso)

2. (OAB/DF – 2006.3) Sobre o crime continuado, assinale a alternativa correta:
   (A) ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente a penas privativas de liberdade em que haja incorrido;
   (B) ocorre quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade;
   (C) ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços;
   (D) ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.

3. (OAB/MG – 2007.1) Segundo o Direito Penal brasileiro, há concurso material de crimes quando:
   (A) o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não;
   (B) o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro;
   (C) o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não;
   (D) nenhuma das respostas acima.

Gabarito

Teoria do crime

1. A	**8.** C
2. A	**9.** D
3. C	**10.** A
4. A	**11.** A
5. D	**12.** D
6. B	**13.** C
7. A	

Erro

1. A	**3.** C
2. B	**4.** D

Tentativa, consumação e arrependimento

1. D	**4.** D
2. D	**5.** B
3. C	

Exclusão da ilicitude

1. D
2. C
3. D
4. C

Culpabilidade

1. A
2. A
3. D
4. B
5. C

Concurso de pessoas

1. A
2. C

Concurso de crimes

1. A
2. C
3. A

3 Das Penas

O art. 32 do Código Penal dispõe as seguintes espécies de penas:

I – privativas de liberdade;
II – restritivas de direitos;
III – multa.

3.1 Pena Privativa de Liberdade (PPL)

3.1.1 Espécies

Há três modalidades de penas privativas de liberdade no sistema brasileiro: reclusão, detenção e prisão simples [as duas primeiras são cominadas a crimes (art. 33 do CP), e a última, a contravenções penais (art. 5º, inc. I, da LCP – Decreto-Lei n. 3.688/41)].

De acordo com o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941):

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração

penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Portanto, reclusão e detenção são penas privativas de liberdade reservadas para crimes, e prisão simples para contravenções penais.

3.1.2 Regimes penitenciários

De acordo com os arts. 34 a 36, do Código Penal, e arts. 110 a 119 da LEP (Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84), são três os regimes penitenciários: fechado, semi-aberto e aberto.

3.1.2.1 Fixação do regime inicial

A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve ser feita na sentença condenatória pelo juiz (se o juiz não fixar, cabem embargos de declaração em virtude da omissão; se fixar e gerar inconformismo, cabe apelação).

Para a fixação do regime inicial, o magistrado deve levar em conta: a quantidade de pena (veja o art. 33, § 2º, alíneas *a*, *b* e *c*, do Código Penal), a primariedade ou reincidência do condenado (idem) e as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (veja o art. 33, § 3º, do Código Penal).

Para o apontamento do regime inicial, ainda, deve ser observado o teor das Súmulas n. 718 e n. 719 do STF:

Súmula n. 718: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Súmula n. 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3.1.2.2 Sistema de cumprimento

Consoante dispõe o art. 112, da Lei de Execução Penal – LEP (Lei n. 7.210/84), a pena privativa de liberdade será cumprida na **forma progressiva** com a transferência para regime menos rigoroso (o

sistema de cumprimento da PPL, portanto, é progressivo), e, para a progressão, basta o atendimento de dois requisitos: **cumprimento de ao menos 1/6 da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário** (comprovado pelo diretor do estabelecimento), devendo a decisão, segundo o § 1º, ser motivada e precedida de manifestação do MP e do defensor.

a. O STJ, recentemente, ao apreciar o HC 76.296/SP, Relator o Min. Arnaldo Esteves Lima (julgamento em 17/05/2007), entendeu que: "Somente o cumprimento de um sexto da pena (requisito temporal) e o atestado de bom comportamento carcerário firmado pelo diretor do estabelecimento prisional não são suficientes para gerar direito subjetivo à progressão prisional (art. 112, da LEP). Pode o juízo da execução criminal indeferir o benefício diante de peculiaridades do caso, pois o referido artigo não é limitador à análise do requisito subjetivo. No caso, o sentenciado evadiu-se da prisão enquanto cumpria anterior pena e, enquanto em liberdade, cometeu vários delitos, até enquanto posto em regime de prisão aberta. Dessarte, vê-se não preenchido o requisito subjetivo necessário ao benefício (precedentes citados: HC 64.909-PR; RHC 19.225-GO; HC 56;946-MG e HC 44.014-RS)".

b. **Lei n. 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos** – com a modificação havida pela Lei n. 11.464/2007, de 29 de março de 2007, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado e a progressão dar-se-á após o cumprimento de 2/5 da pena (para o condenado primário) e de 3/5 da pena (para o condenado reincidente).

c. **Crimes contra a administração pública** – o art. 33, § 4º, do Código Penal, dispõe que: "O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais".

d. **Progressão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória:**

Súmula n. 716 STF: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

Súmula n. 717 STF: "Não impede a progressão de regime de execução de pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

Atenção: Se o condenado merecer progressão de regime (por exemplo, do regime fechado para o semi-aberto) e não houver vaga (no semi-aberto), o entendimento jurisprudencial é no sentido de aguardar no regime menos rigoroso.

3.1.2.3 Regras especiais

a. O trabalho do preso lhe dá direito à **remuneração** (de acordo com o art. 39 do CP, o trabalho do preso será sempre remunerado, e o art. 29 da LEP confere remuneração mínima de 3/4 do salário mínimo); entretanto, a prática laboral lhe confere direito à **remição** (arts. 126 a 130 da LEP).

b. O preso tem garantido o **benefício da Previdência Social** (art. 39 do CP).

c. Se o preso, podendo trabalhar, se recusar a fazê-lo, comete **falta grave** (arts. 39, V, e 50, VI, da LEP).

3.1.2.4 Remição

O art. 126, *caput*, da LEP dispõe que: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena".

De acordo com o art. 126, § 1º, da LEP: "A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) dias de trabalho".

No tocante à contagem do tempo, há duas posições: uma no sentido de que o tempo remido deve ser somado ao tempo de pena

cumprida; outra no sentido de que o tempo remido deve ser abatido do total da pena aplicada.

O primeiro entendimento, evidentemente, é mais benéfico ao sentenciado, daí por que tem prevalecido. Assim, a pena remida deve ser computada como pena cumprida, ou seja, o tempo relativo à remição deve ser somado à pena cumprida (assim, se o preso trabalhou três dias, terá cumprido quatro dias de pena: três dias de prisão mais um dia em razão do tempo remido pelo trabalho). Nesse sentido, assinale-se, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 200.712-RS, REsp 188.219-RS, REsp 303.466-RS e REsp 445.460-RS). E tal se extrai do próprio artigo 128 da LEP, que dispõe que: "O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e indulto" (note que o dispositivo, ao assinalar que o tempo remido será computado para efeito desses benefícios, aponta no sentido de que o tempo remido seja acrescido ao tempo de pena cumprida para efeito de se verificar a possibilidade de sua concessão).

Atenção: A Súmula n. 341 do STJ, editada recentemente, prevê que "a freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto".

O art. 126, § 3º, da LEP dispõe que "a remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público", acrescentando, o art. 127 da LEP, que "o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar".

Essa questão, da perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave, foi recentemente submetida ao Supremo Tribunal Federal no HC 89.784, impetrado pela Defensoria Pública da União. Pretendia-se evitar que os dias remidos fossem anulados. Todavia, a tese não foi acolhida, tendo-se entendido que a perda dos dias remidos, em virtude de falta grave, não viola o direito adquirido. Também se entendeu inaplicável, à espécie, o disposto no art. 58 da LEP, pois se pretendia limitar a perda a 30 dias, isso pelo fato de o dispositivo não guardar pertinência com o objeto do *writ*.

3.1.3 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

1. **Natureza jurídica** – a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), conforme o art. 53, inc. V, da LEP, configura infração disciplinar.
2. **Hipóteses** – três situações permitem a inclusão no RDD (estão elencadas no art. 52, *caput*, e §§ 1º e 2º, da LEP):
   a. art. 52, *caput*, LEP – a prática de crime doloso pelo preso provisório ou condenado que ocasione subversão da ordem/disciplina internas do presídio;
   b. art. 52, § 1º, LEP – apresentar, o preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;
   c. art. 52, § 2º, LEP – recair, sobre o preso provisório ou condenado, fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.
3. **Cumprimento** – far-se-á nos termos do art. 52, incs. I a IV, da LEP:
   a. duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada;
   b. recolhimento em cela individual;
   c. visita semanal de duas pessoas, sem contar crianças, por duas horas;
   d. direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

3.1.4 Detração penal

Detração penal nada mais é que abater da pena privativa de liberdade, o tempo de pena que o réu cumpriu provisoriamente, no Brasil ou no estrangeiro. Tem previsão no art. 42 do Código Penal: "Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecidos referidos no artigo anterior".

Atenção: Os institutos da remição e detração não podem ser confundidos; o primeiro prevê que, a cada três dias de trabalho ou freqüência a cursos, deva ser computado um dia de pena cumprida; o segundo dispõe que o tempo que o réu ficou preso provisoriamente (flagrante, preventiva etc.) deva ser abatido da Pena Privativa de Liberdade (PPL).

3.1.5 Limite de cumprimento de pena

Embora alguém possa ser condenado a várias penas, cuja soma ultrapasse 30 anos, o tempo de **cumprimento** da pena privativa de liberdade não pode ser superior a 30 anos (art. 75, *caput*, do Código Penal).

Se o agente, portanto, for condenado a diversas penas privativas de liberdade, cuja soma seja superior a 30 anos, deve-se proceder à unificação das penas para atender ao limite de 30 anos (art. 75, § 1º, do Código Penal). E se depois da unificação sobrevier condenação por **fato posterior ao início do cumprimento da pena**, far-se-á nova unificação, desprezando o período de pena já cumprido (art. 75, § 2º, do Código Penal).

Exemplo: A foi condenado definitivamente em seis processos e a soma das penas privativas de liberdade perfez 125 anos. Deve-se fazer a unificação e limitar o cumprimento de pena a 30 anos, desprezando-se 95 anos. Suponha que A, estando a cumprir pena (de 30 anos, resultado da unificação), mate outro preso e, por esse crime posterior ao início do cumprimento de pena (de 30 anos), seja condenado definitivamente a 12 anos. Suponha, também, que, ao ser condenado (pelo crime cometido na prisão), ele já tivesse cumprido cinco anos dos 30 anos (resultante da primeira unificação). Faltavam, pois, 25 anos para o término da pena (unificada, de 30 anos). De acordo com o art. 75, § 2º, do CP, deverá ocorrer nova unificação (25 anos que restavam + 12 anos da nova condenação = 37 anos) e, desprezando-se sete anos (o tempo de pena que supera 30 anos), terá de cumprir 30 anos.

Portanto, se o condenado tiver várias condenações e as penas superarem 30 anos, será feita a unificação de penas e ele passará a cumprir 30 anos. Todavia, daí em diante, se ele cometer crime, toda condenação será computada e ele deverá cumpri-la, procedendo-se a nova unificação e expurgo da pena que, pela somatória, passar de 30 anos.

Lembre-se do teor da Súmula n. 715 do STF: "A pena unificada para atender ao limite de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75, do CP, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução".

3.2 Penas Restritivas de Direito (PRD)

A possibilidade de o juiz substituir pena privativa de liberdade aplicada por pena restritiva de direitos está prevista no art. 59, inc. IV, do Código Penal. Deverá fazê-lo, pois, na sentença, atento aos requisitos estabelecidos para tanto; e se não for possível a substituição em pauta, examinará a possibilidade de concessão do *sursis* (suspensão condicional da pena), consoante os arts. 77, inc. III, do CP, e 157 da LEP.

As Penas Restritivas de Direito (PRD), portanto, são sanções autônomas (caráter de **autonomia**, previsto no art. 44, *caput*, do CP), as quais resultam da substituição de pena privativa de liberdade (caráter de **substitutividade**, também previsto no art. 44, *caput*, do CP). Todavia, se ocorrer descumprimento injustificado, a PRD **converte-se novamente em PPL (conversibilidade em PPL)**, e, no cálculo da PPL a executar, deverá ser abatido o tempo cumprido de PRD, respeitado, sempre, um saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão (art. 44, § 4º, do CP).

3.2.1 Prazo

De acordo com o art. 55 do CP, as penas restritivas de direito (referidas nos incs. IV, V e VI do art. 43) terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalva feita, apenas, ao disposto no art. 46, § 4º, do CP.

Assim, a regra geral é a PRD ter a mesma duração da PPL. A exceção está na prestação de serviços à comunidade. De acordo com o art. 46, § 3º, do CP, o condenado, nesse caso, deve cumprir uma hora de tarefa por dia de condenação, todavia, segundo o § 4º

desse dispositivo, se a PPL substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a PRD em menor tempo, mas nunca inferior à metade da PPL fixada.

Exemplo: A foi condenado a dois anos de PPL e o juiz a substituiu por dois anos de PRD (em princípio, a PRD tem a mesma duração da PPL); deverá, então, cumprir uma hora por dia, durante dois anos; todavia, como a pena é superior a um ano, a legislação faculta, ao condenado, a diminuição desse tempo, ou seja, ele poderá cumprir duas horas por dia, reduzindo a PRD de dois anos para um ano (não poderá, todavia, fazê-lo em menor tempo).

3.2.2 Requisitos

Os requisitos para a substituição estão previstos no art. 44 do Código Penal:

a. **requisitos objetivos:**
   - PPL não superior a quatro anos (salvo crime culposo, em que não há limite);
   - crime praticado sem violência ou grave ameaça a pessoa.

b. **requisitos subjetivos:**
   - não-reincidência em crime doloso (segundo o art. 44, § 3º, do CP, todavia, ainda assim, pode ocorrer a substituição se a medida for recomendável e não tiver ocorrido reincidência específica – prática do mesmo crime pelo agente);
   - circunstâncias pessoas favoráveis.

3.2.3 Substituição nas penas até um ano

Segundo o art. 44, § 2º, do CP, se a condenação for de até um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Se superior, a pena pode ser substituída por uma restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos.

3.2.4 Espécies

As modalidades de PRD são: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana.

3.3 Multa

3.3.1 Sistema

O sistema adotado é o **sistema do dia-multa** (art. 49, *caput*, do CP). Por esse sistema, o juiz deve fixar, primeiro, o número de dias-multa e, depois, o valor de cada dia-multa, atento aos seguintes parâmetros:

a. **número de dias-multa** – o número de dias-multa, segundo o art. 49, *caput*, do CP, será de, no mínimo, dez e, no máximo, 360 dias-multa (os parâmetros que guiarão o juiz na fixação do número de dias-multa serão os mesmos para a fixação da pena-base, ou seja, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP);

b. **valor do dia-multa** – o valor do dia-multa, segundo o art. 49, § 1º, do CP, será de no mínimo um trigésimo e, no máximo, cinco vezes o salário mínimo mensal; dependendo da situação econômica do condenado, o juiz, se entender que o apontamento é ineficaz, embora aplicado no máximo, e autorizado pelo art. 60, § 1º, do CP, pode aumentar esse valor até o triplo (o parâmetro que guiará o juiz na fixação do valor do dia-multa é a situação econômica do réu).

3.3.2 Pagamento

O pagamento da multa, segundo o art. 50, *caput*, do CP, deve ser efetuado dentro de dez dias, depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado, poderá ser parcelado mensalmente, inclusive, nos termos do § 1º, deduzido diretamente do salário ou vencimento do réu. Atente-se, porém, que: "O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família" (art. 50, § 2º, do CP).

Se não houver o pagamento, dispõe o art. 51 que a multa será considerada **dívida de valor**, devendo ser aplicadas as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública (junto à União, se for crime da alçada federal, e junto ao Estado, se crime da alçada estadual), inclusive quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Nesse caso, promove-se a execução perante o Juízo das Execuções Fiscais (ou quem cumular a competência), pela Procuradoria da Fazenda (Estadual ou Federal).

Atenção: Apesar de ser considerada dívida de valor, a multa não perde seu caráter de sanção penal (não se trata, pois, de sanção civil), e assim, de acordo com o art. 5º, XLV, da CF, havendo morte do agente, ela não poderá ser exigida dos herdeiros.

3.3.3 Aspectos finais

a. **Súmula n. 693 do STF:** "Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada"; tal ocorre porque, se há processo em andamento por infração só apenada abstratamente com multa ou se já há sentença transitada em julgado ou sentença proferida tão-somente com multa imposta (concreta), a liberdade do indivíduo nunca correrá risco porque não é mais possível converter multa em Pena Privativa de Liberdade (PPL). Nesse caso, portanto, não caberá HC, e sim mandado de segurança.

b. **Súmula n. 171 do STJ:** "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

c. A multa deve ser atualizada pelos índices de correção monetária a partir da data da ocorrência do fato criminoso (Súmula n. 43 do STJ).

3.4 Reincidência

3.4.1 Conceito

Configura-se a reincidência "... quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (art. 63 do CP).

Todavia, para efeito de reincidência, "não se consideram os crimes militares próprios e políticos" (art. 64, inc. II, do CP).

3.4.2 Sistema

O sistema adotado no Brasil é o da temporariedade ou prescrição da reincidência. Segundo o art. 64, inc. I, do CP, a condenação anterior não será levada em consideração se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena nela imposta e a infração posterior, decorrer período de tempo superior a cinco anos (denomina-se esse período de "período de depuração"). E, segundo esse dispositivo, pode-se computar, no qüinqüênio, o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional se não houve revogação.

Exemplo: A foi condenado definitivamente a três anos e cumpriu a pena, tendo o juiz decretado a extinção de pena pelo cumprimento. Cinco anos e um dia depois (veja que a lei fala em período de tempo superior a cinco anos), ele será considerado novamente primário. Por isso, a temporariedade ou "período de depuração", ou seja, o decurso do tempo (cinco anos e um dia) afasta, "faz desaparecer" a condenação anterior para efeito de reincidência.

Atenção: O art. 64, I, Parte Final, dispõe ser possível computar, no qüinqüênio, "o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação". O que isso significa?

Suponha que o réu foi condenado, mereceu *sursis* e cumpriu dois anos; se não houve revogação, a partir do cumprimento do *sursis* ele, em princípio, teria de aguardar cinco anos e um dia para "afastar" a condenação anterior; nesse caso, como não houve revogação do benefício, terá de aguardar apenas três anos e um dia, isso porque, dentro do prazo de cinco anos e um dia, será considerado o período de prova do *sursis* (dois anos).

3.4.3 Quadro geral

a. Crime (no Brasil ou estrangeiro)/sentença transitada em julgado + crime = reincidência (art. 63, CP).
b. Crime (no Brasil ou estrangeiro)/sentença transitada em julgado + contravenção = reincidência (art. 7º, LCP – Lei das Contravenções Penais).

c. Contravenção (no Brasil)/sentença transitada em julgado + contravenção = reincidência (art. 7º, LCP).
d. Contravenção (no Brasil)/sentença transitada em julgado + crime = não há reincidência (falta de previsão legal).

3.4.4 Aspectos finais

a. **Art. 120 do CP:** "A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência".
b. **Súmula n. 241 do STJ:** "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

3.5 Fixação da pena

O sistema de fixação de pena adotado no Brasil é o trifásico, que se encontra previsto no art. 68 do Código Penal. Por esse sistema, o juiz, ao impor a pena, deverá observar três fases distintas e consecutivas:

a. na primeira fase, ele apontará a pena-base, guiando-se pelo art. 59 do Código Penal (as denominadas circunstâncias judiciais);
b. na segunda fase, o juiz deverá aplicar as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas dos arts. 61, 62 e 65 do Código Penal;

A aplicação da atenuante não poderá trazer a pena-base abaixo do mínimo legal (Súmula n. 231 do STJ), conseqüentemente, a agravante não poderá elevá-la acima do máximo.

O art. 68 do CP dispõe que, no concurso entre agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, e, nesse tema, em primeiro lugar, consoante entendimento jurisprudencial, tem primazia a menoridade relativa, que prepondera, inclusive, sobre a reincidência, depois as referentes aos motivos do crime, à personalidade do agente e à reincidência (circunstâncias de caráter subjetivo expressamente mencionadas no dispositivo), na seqüência, as demais circunstâncias de natureza subjetiva e, por último, as circunstâncias de cunho objetivo.

Embora não haja definição legal quanto ao mínimo e máximo, não há campo para a absoluta discricionariedade. Em face da ausência de um critério legal, o juiz, ao fixar o *quantum* por força da agravante ou atenuante, deve observar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que são vetores indissociáveis de toda atividade jurisdicional.

c. Na terceira fase, o magistrado aplicará as causas de aumento ou de diminuição de pena, que são encontradas tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal.

Atenção: O rol de circunstâncias atenuantes é meramente exemplificativo, enquanto o de circunstâncias agravantes é taxativo (art. 66 do CP).

Exemplo: A comete crime de furto simples (o art. 155 do CP estipula a pena abstrata de um a quatro anos de reclusão); deverá o juiz, na 1ª fase, fixar a pena-base entre um e quatro anos, valendo-se das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). Suponha que o juiz fixou a pena-base no mínimo legal (um ano). Depois, na 2ª fase, deve considerar as agravantes e atenuantes genéricas (cabe observar a Súmula n. 231 do STJ, que prescreve que o juiz não pode fixar a pena abaixo do mínimo legal, conseqüentemente, não pode fixá-la, também, acima do máximo). Finalmente, na 3ª fase, deve aplicar causas de aumento e de diminuição de pena (suponha, por hipótese, que o juiz reconheça que o crime em questão ficou na forma tentada: deve, na 3ª fase, reconhecer a tentativa e aplicar a causa de diminuição de pena, prevista no art. 14, parágrafo único, do CP, ou seja, reduzir a pena de 1/3 a 2/3).

Lembre-se que, havendo mais de um crime (suponha que o agente praticou vários crimes em concurso), o juiz deverá aplicar a pena individualizadamente, para cada um dos crimes, e depois considerar as regras do concurso (material, formal ou crime continuado).

3.6 *Sursis*

3.6.1 Natureza jurídica

O *sursis*, antes entendido como mero incidente de execução, é uma modalidade de execução de pena (tem natureza de pena efetiva). Está disciplinado nos artigos 77 a 82 do CP.

3.6.2 Distinção entre *sursis* penal e *sursis* processual

a. ***Sursis* penal** – tem previsão no art. 77 e seguintes do Código Penal; tem aplicação quando, em um processo em andamento, o juiz sentencia, condena o réu à pena menor ou igual a dois anos e, presentes os requisitos, impõe o *sursis* [trata-se de modalidade de execução de pena, sendo concedido diante de sentença condenatória; se cumpridas as condições impostas, sem revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (art. 82, CP), e, se o réu cometer novo crime, será considerado reincidente].

b. ***Sursis* processual** – tem previsão no art. 89 da Lei n. 9.099/95; esse instituto é cabível nas infrações em que a pena mínima abstrata não supera um ano, e, geralmente, a proposta é feita pelo Ministério Público ao formular a denúncia; o promotor de justiça, verificando que as condições para tanto estão presentes, propõe a suspensão do processo, o juiz deve designar audiência e convocar o denunciado e seu defensor, e, havendo aceitação, o magistrado recebe a inicial e homologa a suspensão do processo, ficando o processo suspenso, também o prazo prescricional; se o acusado cumprir as condições estabelecidas durante o prazo fixado e não houver revogação, caberá a extinção da punibilidade, não ocorrendo a reincidência).

3.6.3 Espécies de *sursis*

3.6.3.1 *Sursis* simples

3.6.3.1.1 Requisitos

Para receber o benefício do *sursis* simples, o acusado deve preencher os requisitos presentes na legislação penal (art. 77, *caput*, incs. I, II e III, § 1º, do CP):

Os **requisitos** para o *sursis* simples são de duas ordens:

a. Objetivos:

- qualidade da pena: é cabível o *sursis* quando a pena aplicada na sentença condenatória for privativa de liberdade

(reclusão, detenção ou prisão simples); penas restritivas de direitos e multa não o admitem (art. 80 do CP);

- quantidade da pena: a pena imposta não pode ser superior a dois anos;
- somente é cabível se não houver possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, ou seja, quando não for possível a aplicação de pena alternativa, prevista no art. 44 do Código Penal (art. 77, III, do CP).

b. **Subjetivos:**

- não-reincidência do agente em crime doloso, salvo se a pena aplicada ao primeiro delito for multa (o art. 77, § 1°, do CP dispõe que a condenação à pena de multa não impede a concessão desse benefício);
- circunstâncias pessoais favoráveis.

3.6.3.1.2 Período de prova

O período de prova é o prazo, ou seja, o lapso temporal no qual o condenado deverá cumprir as obrigações impostas. Esse período pode variar de dois a quatro anos (art. 77, *caput*, do CP), devendo ser contado a partir da audiência de advertência; decorrido o prazo, sem revogação, será declarada extinta a pena privativa de liberdade (art. 82 do CP).

3.6.3.1.3 Condições

As condições no *sursis* simples são divididas em **legais e judiciais**. As **condições legais** estão previstas no § 1°, do art. 78, do Código Penal: "No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)". Já as **condições judiciais** ficam a critério do juiz, ou seja, a sentença poderá especificar outras condições "desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado" (art. 79).

3.6.3.2 *Sursis* especial

3.6.3.2.1 Requisitos

Os **requisitos** para o *sursis* especial são de duas ordens:

a. **objetivos** – todos os do *sursis simples* mais reparação dos danos, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 78, § 2°);
b. **subjetivos** – todos os do *sursis simples* mais circunstâncias do art. 59 do CP inteiramente favoráveis (art. 78, § 2°).

3.6.3.2.2 Período de prova

É o mesmo do *sursis* simples (de dois a quatro anos), contado a partir da audiência de advertência; decorrido o prazo, sem revogação, será declarada extinta a pena privativa de liberdade (art. 82 do CP).

3.6.3.2.3 Condições

As condições aplicáveis são mais benévolas. De acordo com o art. 78, § 2°, do CP, o juiz deverá aplicar, cumulativamente, as condições estabelecidas nas alíneas *a*, *b* e *c*:

a) "proibição de freqüentar determinados lugares" (que será especificado pelo juiz da causa);
b) "proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial";
c) "comparecimento pessoal e obrigatório a juízo mensalmente, para informar e justificar suas atividades".

3.6.3.3 *Sursis* etário

O art. 77, § 2°, do Código Penal prevê modalidade de *sursis* aplicável para o sentenciado que, na data da sentença, tiver **mais de 70 anos**. Nesse caso, deve atender todos os requisitos anteriormente referidos e ter idade superior a 70 anos quando da sentença. Todavia, duas modificações merecem atenção: essa modalidade de *sursis* é admissível para pena privativa de liberdade até quatro anos (no *sursis* simples e especial, é até dois anos) e o período de prova se estenderá de quatro a seis anos (no *sursis* simples e especial, é de dois a quatro anos).

3.6.3.4 *Sursis* humanitário

O art. 77, § 2°, do Código Penal prevê modalidade de *sursis* para o sentenciado que, na data da sentença, estiver acometido de **moléstia grave**

(quando razões de saúde justifiquem a suspensão). Nesse caso, deve atender todos os requisitos anteriormente referidos e estar acometido de doença que o impeça de cumprir a pena. Também aqui vigoram as duas modificações anteriormente apontadas: esse *sursis* é admissível para pena privativa de liberdade até quatro anos (no *sursis* simples e especial, é até dois anos), e o período de prova se estenderá de quatro a seis anos (no *sursis* simples e especial, é de dois a quatro anos).

3.6.3.5 *Sursis* ambiental

Tem previsão nos arts. 16 e 17 da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). É cabível, nos casos de condenação à pena privativa de liberdade não superior a três anos, devendo a reparação referente aos danos causados, descrita no art. 78, § 2º, do Código Penal, ser feita mediante laudo que confirme a reparação do dano ambiental. Devem ser atendidos os demais requisitos já enunciados e o período de prova será de dois a quatro anos, e eventuais condições impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente.

3.6.4 Revogação

Revogado o *sursis*, o sentenciado deverá cumprir integralmente a pena a que foi condenado. Há causas de revogação **obrigatória** e **facultativa**.

3.6.4.1 Revogação obrigatória. art. 81, *caput*, incs. I, II e III, do CP

O *sursis* será revogado se o beneficiário, no curso do prazo:

a. for condenado, **em sentença irrecorrível** (com trânsito em julgado) por crime doloso [há entendimento de não ser cabível revogação se a pena aplicável for somente multa, porque se a condenação anterior à pena de multa não impede o *sursis* (art. 77, § 1º, do CP), não é razoável que condenação somente à pena de multa imponha revogação];
b. frustrar, embora solvente, a execução da pena de multa (não mais aplicável porque o não-pagamento da multa não pode impor execução de pena privativa de liberdade), ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano;
c. descumprir a condição de prestação de serviços à comunidade ou a limitação do fim de semana (prevista no § 1º do art. 78 do CP).

3.6.4.2 Revogação facultativa: art. 81, §§ 1º e 3º, do CP

Ocorrerá a revogação facultativa do benefício, segundo o art. 81, § 1º, do CP, se o condenado deixar de cumprir qualquer outra condição imposta (prevista nos arts. 78, § 2º, ou 79 do CP), ou for condenado irrecorrivelmente por crime culposo ou contravenção à pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade.

Sendo a revogação facultativa, o juiz pode, em vez de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, § 3º, do CP).

3.6.5 Prorrogação automática – art. 81, § 2º, do CP

Dar-se-á a prorrogação automática do *sursis* se o beneficiário, durante o prazo do *sursis*, vier a ser processado por outro crime ou contravenção (considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo, sendo o processo bastante para que o período de prova seja prorrogado; durante o período de prorrogação, não há exigibilidade do cumprimento das condições impostas). Em sendo condenado no processo pelo qual está sendo processado, haverá revogação do *sursis*; sobrevindo absolvição, o juiz declarará extinta a pena privativa de liberdade.

3.6.6 Audiência admonitória

O art. 160 da LEP (Lei n. 7.210/84) dispõe que "transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das conseqüências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas". Essa audiência de advertência denomina-se **audiência admonitória**, e a partir dela é que tem início o período de prova. Todavia, "se, intimado pessoalmente

ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena" (art. 161 da LEP).

3.7 Livramento condicional

3.7.1 Conceito

O instituto do livramento condicional está previsto nos arts. 83 a 90 do Código Penal, e nos arts. 131 a 146 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). Trata-se de verdadeira antecipação da liberdade, visando à reinserção social, mediante certas condições, conferida ao condenado que já cumpriu parte da pena imposta. Dessa maneira, o beneficiário deverá demonstrar que detém condições para viver em liberdade. É, pode-se dizer, a fase final da execução da pena privativa de liberdade, portanto, trata-se de forma especial de execução da pena privativa de liberdade.

3.7.2 Requisitos – arts. 83 e 84 do CP

O sentenciado, para obter o benefício em questão, deverá atender aos requisitos, que são de duas ordens:

a. **Objetivos:**
   - condenação à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos;
   - cumprimento parcial da PPL [cumprimento de mais de 1/3 da pena se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; cumprimento de mais da metade (1/2) da pena se for reincidente em crime doloso; e cumprimento de mais de 2/3 da pena nos casos de condenação por crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza];

   - reparação, salvo efetiva impossibilidade, do dano causado pela infração.

Atenção: Se o agente tiver sido condenado em mais de um processo, "as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento" (art. 84 do CP).

b. **Subjetivos:**
   - comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;
   - para o condenado por crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir.

3.7.3 Condições – art. 85 do CP e art. 132 da LEP

Tendo em conta que o livramento condicional é uma antecipação da liberdade, feita em caráter provisório, para se aferir o grau de reinserção, o condenado será submetido a algumas condições a serem especificadas na sentença.

São condições de caráter obrigatório (portanto, denominadas **condições gerais**), aplicadas a todos os beneficiários, as dispostas no art. 132, § 1º, da LEP:

- obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;
- comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação;
- não mudar da comarca sem prévia autorização do Juízo da Execução.

São condições facultativas (denominadas **condições judiciais**), impostas pelo juiz em razão do caso concreto, as dispostas no art. 132, § 2º, da LEP:

- não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- recolher-se à habitação em hora fixada;
- não freqüentar determinados lugares.

As condições judiciais, segundo o art. 144 da LEP, poderão ser modificadas pelo juiz da execução.

3.7.4 Revogação – arts. 86 e 87 do CP

3.7.4.1 Revogação obrigatória: art. 86 do CP

O livramento condicional será revogado se o liberado for condenado, definitivamente (portanto, por sentença transitado em julgado), à pena privativa de liberdade por crime cometido durante a vigência do benefício (inc. I) e se for condenado por crime anterior, observado o disposto no art. 84 do Código Penal (inc. II).

Portanto, para a revogação, não basta o cometimento do crime nem a instauração do processo, exigindo-se que haja a condenação transitada em julgado (por crime doloso ou culposo) e a pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), o que não ocorrerá se resultar pena restritiva de direitos ou multa.

No caso de crime cometido durante a vigência do benefício, em razão da demonstração de inadaptação do liberado, a revogação é obrigatória e, segundo o art. 88 do CP, não se descontará, da pena, o tempo em que o liberado esteve solto, sob regime de livramento condicional. Nesse sentido, também, o art. 142 da LEP: "No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento".

No caso de crime anterior, deve ser observado o disposto no art. 84 do Código Penal, ou seja, somar as penas da nova condenação (pelo crime cometido anteriormente ao benefício e cuja condenação definitiva se aperfeiçoou) e da condenação que o beneficiário merecera o livramento (que já existia) e verificar se o condenado,

tendo por base a somatória das penas, cumpriu o mínimo exigido no art. 83 do CP, para o livramento. Em tendo isso ocorrido, não haverá revogação. Se, pela soma, o mínimo não estiver atendido, haverá a regressão (revogação do livramento condicional), todavia, assim que o condenado completar o mínimo legal, poderá pleitear a concessão de novo livramento condicional.

No caso de crime cometido antes da vigência do benefício, e segundo o art. 88 do CP, ocorrendo revogação, deverá ser descontado, da pena, o tempo em que o liberado esteve solto sob regime de livramento condicional. Nesse sentido, também, o art. 141 da LEP declara: "Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas".

3.7.4.2 Revogação facultativa: art. 87 do CP

O juiz poderá revogar o livramento (de forma facultativa) se o liberado deixar de cumprir qualquer obrigação ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, à pena que não seja privativa de liberdade.

3.7.4.3 Suspensão e prorrogação do período de prova

De acordo com o art. 145 da LEP, se o liberado praticar outra infração penal, pode o juiz suspender o curso do livramento condicional (medida cautelar), ordenando a prisão do sentenciado; se o condenado vier a ser processado por **crime cometido durante a vigência do livramento**, o juiz, de acordo com o art. 89 do Código Penal, não poderá declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença nesse processo a que responde o liberado; se vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por esse crime cometido durante a vigência do benefício, caberá obrigatoriamente a revogação (nos termos do art. 86 do Código Penal).

3.7.4.4 Extinção da pena

O art. 90 do Código Penal dispõe que se até o término do período o livramento não for revogado, será extinta a pena privativa de liberdade.

3.8 Medida de segurança

Medida de segurança é espécie de sanção penal a que são submetidos aqueles que praticam crimes e, por serem portadores de doenças mentais ou perturbação da saúde mental, mereçam internação ou tratamento ambulatorial. A aplicação pressupõe, portanto, a periculosidade do agente.

As espécies de medida de segurança estão dispostas no art. 96 do Código Penal: internação em hospital de custódia e tratamento, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (inc. I) e sujeição a tratamento ambulatorial (inc. II).

Tratando-se de agente inimputável (art. 26, *caput*, do CP), o juiz deverá absolvê-lo e impor medida de segurança (sentença absolutória imprópria), submetendo-o à internação; todavia, se o fato criminoso for punível com detenção, o juiz poderá submetê-lo a tratamento ambulatorial (art. 97 do CP).

A internação ou tratamento ambulatorial, segundo dispõe o art. 97, § 1º, do CP, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. Todavia, o prazo mínimo deverá ser de um a três anos (pelo fato de a Constituição Federal não permitir pena de caráter perpétuo e o Código Penal não permitir tempo de prisão superior a 30 anos – art. 75 do CP –, há entendimento de que a medida de segurança não poderia ultrapassar 30 anos de duração).

A verificação da continuidade da periculosidade é aferível por perícia médica a ser realizada ao final do prazo mínimo fixado, e, verificando-se a continuidade, deverá ser repetida de ano em ano ou a qualquer tempo, se o juiz da execução determinar (art. 97, § 2º, do CP). E eventual desinternação ou liberação serão sempre condi-

cionais, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade (art. 97, § 3º, do CP).

Lembre-se, inclusive, que "em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos" (art. 97, § 4º, do CP).

No tocante aos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único, do CP), aplica-se o disposto no art. 98 do CP. Assim, o juiz deverá condenar o agente e diminuir a pena de 1/3 a 2/3 e, em seguida, se o agente necessitar de especial tratamento curativo, substituir a pena privativa de liberdade por internação ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um a três anos, nos mesmos moldes do artigo anterior (art. 97 do CP). Trata-se da aplicação do sistema denominado "unitário" ou "vicariante", pelo qual, aplicada a pena privativa de liberdade, com obrigatória redução de pena para o semi-imputável, deverá o juiz optar ou pelo cumprimento de pena, ou pelo cumprimento de medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), as quais não podem ser cumulativas.

Questões

1. (OAB/SP – 132º) Aponte a alternativa correta.
   (A) A pena restritiva de direitos não se converte em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.
   (B) Se o condenado for reincidente, o juiz não poderá aplicar a substituição.
   (C) Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la, se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.
   (D) Na condenação superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos.

2. (OAB/SP – 132º) Sobre a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, assinale a alternativa incorreta.
   (A) Consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.
   (B) Deve ser aplicada nas condenações acima de 01 (um) mês e até 02 (dois) anos de privação de liberdade.
   (C) Dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.
   (D) Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

3. (OAB/SP – 131º) Em caso de condenação à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos de reclusão, o condenado:
   (A) tem direito, necessariamente, de iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto.
   (B) tem direito, independentemente de sua idade ou condição, à suspensão condicional da pena.
   (C) não tem direito, se for condenado por crime cometido mediante violência ou grave ameaça, a que a pena privativa seja substituída por penas restritivas de direito.
   (D) não tem direito, se for reincidente em crime doloso ou culposo, à substituição da pena privativa por pena restritiva de direito.

4. (OAB/PR – 2007.1) Sobre as conseqüências jurídicas do delito e sua execução, assinale a alternativa correta:
   (A) o ordenamento jurídico contempla apenas penas privativas de liberdade e multa;
   (B) as medidas de segurança são aplicáveis aos adolescentes, aos loucos e aos deficientes mentais autores de infração penal, com cumprimento em estabelecimentos próprios e diferenciados;
   (C) as penas podem ser executadas a qualquer tempo em homenagem à ordem e segurança pública;
   (D) não é mais admitida a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade.

5. (OAB/RJ – 32º) Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, intimado a pagar a pena de multa que lhe fora fixada, mas não o fazendo, o condenado poderá:
   (A) ter a pena de multa convertida em pena privativa de liberdade.
   (B) ter sua dívida inscrita na fazenda pública, com a consequente execução fiscal.
   (C) ter sua pena de multa convertida em pena restritiva de direitos.
   (D) ter o valor da pena de multa aumentado.

6. (OAB/SP – 131º) Sobre a reincidência, é correto afirmar que, segundo súmula do Superior Tribunal de Justiça,
   (A) a reincidência penal pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.
   (B) a incidência da reincidência pode conduzir ao aumento da pena acima do máximo legal.
   (C) em caso de reincidência, não é possível o livramento condicional.
   (D) a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Gabarito

1. C
2. B
3. C
4. D
5. B
6. D

4

Punibilidade e Extinção de Punibilidade

4.1 Punibilidade

O Estado é o titular exclusivo do direito de punir, que, na verdade, é também um dever (poder-dever de punir). Diante da prática de um crime (fato típico e antijurídico), e havendo culpabilidade, cabe a imposição de pena ao agente. Em outras palavras, o direito de punir transmuda-se de abstrato em concreto.

Assim, punibilidade nada mais é que a possibilidade jurídica de o Estado impor pena ao autor culpável de um crime.

Muitas vezes, porém, tal não ocorre. Diante de causa extintiva da punibilidade, o Estado estará impedido de desempenhar seu papel de repressão à prática delitiva, ou seja, de exercitar concretamente o poder-dever de punir.

Podemos conceituar causa extintiva de punibilidade como aquela que extingue o direito de punir estatal, impedindo a imposição de pena. É extinção de punibilidade como a perda, por parte do Estado, do exercício do poder-dever de punir.

4.2 Causas extintivas de punibilidade

As causas extintivas de punibilidade estão listadas no art. 107 do Código Penal. Todavia, trata-se de rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), isso porque há outras causas fora desse dispositivo.

Exemplos:

a. art. 312, § 3º, do CP – o crime de peculato culposo tem uma regra especial; se houver reparação do dano, e se esta preceder à sentença irrecorrível, ocorrerá extinção de punibilidade do agente;
b. art. 522 do CPP – no procedimento dos crimes contra a honra, se ocorrer a reconciliação do querelante e querelado na audiência, o juiz, depois de assinado o termo de desistência pelo querelante, decretará a extinção de punibilidade do querelado e determinará o arquivamento da queixa;
c. art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95 – se o réu for beneficiado com a suspensão condicional do processo, ao final do prazo, cumpridas todas as condições sem ter havido a revogação, caberá a extinção de punibilidade.

Atenção: a Lei n. 11.106/2005 revogou dois incisos do art. 107 do Código Penal (os incs. VII e VIII), todavia, ambos ainda poderão ser aplicados para delitos cometidos antes da sua entrada em vigor, isso porque, tendo revogado duas causas extintivas de punibilidade, a lei, nesse ponto, é mais gravosa que a anterior (*novatio legis in pejus*), daí porque aqueles que cometeram crimes antes da lei poderão ainda beneficiar-se de tais causas, pelo fato de a lei anterior ser mais benéfica (aplicação da lei mais benéfica em conflito de leis penais no tempo).

4.3 Hipóteses do art. 107 do Código Penal

4.3.1 Morte do agente – art. 107, I, do CP

A morte do agente importa necessariamente na extinção da punibilidade, tendo em vista o disposto no art. 5º, XLV, da Constituição

Federal, no sentido de que a pena não pode passar da pessoa do condenado (princípio da intranscendência ou da personalidade da pena, também chamado de princípio da responsabilidade penal). A decretação da extinção da punibilidade, por tal motivo, pode ocorrer a qualquer tempo (art. 61 do CPP), apenas exigindo-se certidão de óbito e oitiva prévia do Ministério Público (art. 62 do CPP).

4.3.2 Anistia, graça e indulto – art. 107, II, do CP

Anistia, graça (na LEP – Lei n. 7.210/84 – a graça é denominada "indulto individual") e indulto (na LEP – Lei n. 7.210/84 – o indulto é denominado "indulto coletivo") configuram renúncia do Estado ao direito de punir. São cabíveis tanto nos crimes de ação penal pública quanto nos de ação penal privada, todavia, de acordo com o art. 5º, XLIII, da CF, e art. 2º, inc. I, da Lei n. 8.072/90, crimes hediondos e assemelhados (tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura) são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

4.3.2.1 Anistia

A anistia é lei penal de competência exclusiva da União (art. 21, XVII, da CF) e privativa do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CF), que se dirige a fatos, decretando o seu esquecimento. Afasta todos os efeitos penais (principais e secundários) da sentença condenatória, mas não os efeitos civis, podendo ocorrer a execução civil, se concedida posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

A anistia pode ser concedida a qualquer tempo (denomina-se **própria**, se anterior ao trânsito em julgado da sentença, e **imprópria**, se posterior), podendo atingir crimes políticos (denomina-se **especial**) ou crimes comuns (denomina-se **comum**).

4.3.2.2 Graça e indulto

A graça (ou indulto individual, segundo a LEP) é benefício concedido individualmente à pessoa certa, mediante decreto presidencial (art. 84, inc. XII, da CF), que poderá delegá-la aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União (art. 84, parágrafo único, da CF). Da mesma maneira ocorre com o indulto coletivo, que, no entanto, é benefício concedido em caráter coletivo, atingindo uma generalidade de pessoas. Ambos pressupõem condenação transitada em julgado e afastam somente os efeitos principais da condenação, subsistindo os efeitos penais secundários e os civis.

4.3.3 *Abolitio criminis* – art. 107, III, do CP

Extingue-se a punibilidade, também, pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso. Consoante o art. 2º, *caput*, do Código Penal, "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória" (observe que, na anistia, o fato desaparece, mas o crime continua; na *abolitio criminis* o fato se mantém, mas deixa de ser considerado crime).

Portanto, pela *abolitio criminis* um fato descrito pelo ordenamento penal deixa de ser considerado crime (art. 2º do CP). Se o processo estiver em andamento, a apreciação da extinção de punibilidade por esse motivo caberá ao juiz de primeira instância (art. 61 do CPP); se estiver em grau de recurso, ao tribunal; se já houver trânsito em julgado, competente será o juiz das execuções (art. 66, II, da LEP).

A *abolitio criminis* apaga somente os efeitos penais, subsistindo os civis

4.3.4 Prescrição, decadência e perempção – art. 107, IV, do CP

4.3.4.1 Prescrição

É a perda do poder-dever de punir do Estado pelo decurso do tempo, isso porque o Estado tem determinado lapso temporal para o exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória. Trata-se de instituto de direito material e causa de extinção da

punibilidade. Há crimes, porém, considerados imprescritíveis: o racismo (art. 5º, XLII, da CF) e ação de grupo armado, civil ou militar, contra a ordem constitucional ou o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV, da CF).

A prescrição pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença (prescrição da pretensão punitiva) ou após o trânsito em julgado (prescrição da pretensão executória).

4.3.4.1.1 Prescrição da Pretensão Punitiva (PPP)

a. **Efeitos** – a prescrição da pretensão punitiva é denominada "prescrição pela pena máxima em abstrato", ou "prescrição da ação", ou "prescrição da pretensão punitiva propriamente dita"; como ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, impede todos os possíveis efeitos de uma condenação penal (efeitos penais – principais e secundários – e extrapenais).

b. **Prazo** – a prescrição regula-se pelo máximo abstrato da pena privativa de liberdade cominada ao crime; assim, para se saber o prazo da prescrição da pretensão punitiva, deve-se aplicar o art. 109 do CP: toma-se o máximo da pena privativa de liberdade cominada (abstrata) ao crime em análise e verifica-se, na tabela do art. 109 do CP o prazo respectivo.

Exemplo: No furto simples (art. 155, *caput*, do CP), a pena máxima cominada (abstrata) é de quatro anos; aplicando-se a tabela do art. 109 do CP, esse crime prescreve em oito anos (art. 109, inc. IV, do CP); já o furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP) tem pena máxima abstrata de oito anos; aplicando-se a tabela, esse crime prescreve em 12 anos (art. 109, inc. III, do CP).

Atenção:

- Art. 115 do CP – São reduzidos de metade os prazos prescricionais se o criminoso, ao tempo do crime, era menor de 21 anos ou, na data da sentença, maior de 70 anos.
- Art. 114, I e II, do CP – a prescrição ocorrerá em dois anos se a única pena cominada (abstrata) for multa; se, todavia, a multa estiver cominada (prevista) de forma alternativa ou cumulativa com a pena privativa de liberdade, prescreverá no mesmo prazo da pena privativa de liberdade em questão.

- Art. 119 do CP – no caso de concurso de crimes (material, formal e crime continuado), a extinção de punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (para efeito de extinção de punibilidade, portanto, deve-se levar em conta cada crime componente do concurso separadamente, analisando cada qual, *de per si*, para estabelecer, um a um, o prazo prescricional).

c. **Contagem do prazo** – deve ser feita nos termos do art. 10 do Código Penal, incluindo-se, pois, o dia do começo (isso por se tratar de instituto de natureza penal).

d. **Termo inicial** – a prescrição da pretensão punitiva, segundo o art. 111, incs. I a IV, do Código Penal, começa a correr:

- inc. I – **crime consumado** – do dia em que o crime se consumou;
- inc. II – **crime tentado** – do dia em que cessou a atividade criminosa;
- inc. III – **crimes permanentes** – do dia em que cessou a permanência, não importando o motivo (no seqüestro, por exemplo, tanto faz ter ocorrido fuga da vítima, libertação da vítima pelo autor, "estouro do cativeiro" etc.; havendo a cessação da permanência, conta-se a prescrição desse dia).
- inc. IV – **crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do Registro Civil** – da data em que o fato se tornou conhecido por autoridade que detenha competência para iniciar as investigações (delegado de polícia, promotor de justiça etc.).

e. **Interrupção** – o curso da prescrição da pretensão punitiva, segundo o art. 117, incs. I a IV, do Código Penal, será interrompido (nos casos de interrupção, a prescrição "zera" e começa a contar do início):

- inc. I – pelo recebimento da inicial (denúncia ou queixa);
- inc. II – pela pronúncia;
- inc. III – pela decisão confirmatória de pronúncia;
- inc. IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

f. **Suspensão** – a prescrição da pretensão punitiva, segundo o art. 116, incs. I e II, do Código Penal, não corre (as causas suspensivas apenas suspendem o prazo que está correndo, o qual voltará a correr depois de cessadas tais causas):

   - inc. I – **enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime** (questões prejudiciais – arts. 92 e 93 do CPP).

Exemplo: Delito de bigamia e denúncia pelo Ministério Público; o réu, em sua defesa, alega inexistir o crime porque o primeiro casamento não foi válido (essa é uma questão relevante, pois se o casamento não é válido, não há bigamia, mas se é válido, em princípio, o delito existirá) – no caso, aplica-se o art. 92 do CPP: como se trata de questão séria e fundada, relevante, sobre estado civil das pessoas, e como a controvérsia é essencial para definir se há crime de bigamia ou não, o juiz criminal não pode resolver essa questão incidental; segundo o dispositivo processual penal, o juiz criminal deverá suspender o curso da ação penal e encaminhar a questão ao juízo cível para que este resolva (trata-se de questão prejudicial obrigatória), ficando o processo suspenso até que haja decisão transitada em julgado (durante todo esse período de tempo, o curso da prescrição ficará suspenso).

   - inc. II – **enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.**

Afora essas duas situações, há outras previstas na legislação e que devem ser especialmente anotadas:

- art. 366 do CPP – diz, o referido dispositivo, que, se o acusado não for citado pessoalmente, deverá ser citado por edital, todavia, se ele não comparecer e não constituir defensor, o processo deverá ser suspenso e também a prescrição;
- art. 89, § 6°, da Lei n. 9.099/95 – nas infrações em que a pena mínima abstrata não ultrapassa um ano, é admissível o denominado "*sursis* processual"; assim, se o promotor de justiça, ao oferecer denúncia, propuser suspensão do processo e o denunciado aceitar, havendo homologação pelo juiz, o processo ficará suspenso, e assim também a prescrição, durante o período em que cumprir as condições (lembre-se de

que, nesse caso, cumpridas as condições, extingue-se a punibilidade do réu, consoante o art. 89, § 5°).

4.3.4.1.2 Prescrição da Pretensão Executória (PPE)

a. **Efeitos** – como ocorre depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, impede apenas os efeitos penais principais da condenação (o réu apenas não cumprirá a pena), subsistindo os demais efeitos penais (os secundários) e os extrapenais.

b. **Prazo** – a prescrição regula-se pela pena concretizada na sentença (pena concreta, e não o máximo da pena abstrata, como foi na prescrição da pretensão punitiva); utiliza-se, da mesma maneira, a tabela do art. 109 do CP para verificar qual é o prazo, os quais serão aumentados de 1/3 se o condenado é reincidente (art. 110, *caput*, do CP).

   - Aqui são aplicáveis, também, os arts. 114, 115 e 119 do CP (no tocante à pena de multa, se ela foi a única aplicada, o prazo prescricional é de dois anos; se aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade, prescreverá no mesmo prazo da PPL).

c. **Contagem do prazo** – deve ser feita nos termos do art. 10 do Código Penal, incluindo-se, pois, o dia do começo (trata-se de prazo penal).

d. **Termo inicial** – a prescrição da pretensão executória, segundo o art. 112, incs. I e II, do Código Penal, começa a correr:

   - inc. I – **do dia em que transitar a sentença condenatória para a acusação;**
   - inc. I – **do dia em que o juiz revogar a suspensão condicional da pena** (*sursis*);
   - inc. I – **do dia em que o juiz revogar o livramento condicional;**
   - inc. II – **do dia em que o sentenciado interromper a execução da pena.**

Atenção: No caso de revogação do livramento condicional ou evasão do condenado (art. 112 do CP), a prescrição vai ser regulada pelo tempo restante da pena (aplica-se o disposto no art. 113 do CP).

e. **interrupção** – o curso da prescrição da pretensão executória (segundo o art. 117, incs. V e VI, do Código Penal) será interrompido:

- inc. V – **pelo início ou continuação do cumprimento da pena.**

Exemplo: A foi condenado a nove anos de reclusão; de acordo com o art. 109, inc. II, do CP, a prescrição operar-se-á em 16 anos, e tal prazo começará a ser contado do dia (inclusive) em que transitar em julgado a sentença para a acusação (art. 112, inc. I, do CP). Suponha, então, que o Ministério Público tomou ciência da sentença, não recorreu, portanto transitou em julgado a sentença para a acusação **e, por** fim, a pena de nove anos tornou-se definitiva. A partir desse dia, começa a contar o prazo prescricional de 16 anos. Imagine, então, que após 11 anos o acusado é preso. Como a prescrição somente se operaria em 16 anos (e esse prazo ainda não transcorreu) e ele foi preso (portanto, houve início do cumprimento da pena), o curso do prazo prescricional foi interrompido (art. 112, inc. V, do CP) e será reiniciado do "zero" (em outras palavras, ele não logrou a prescrição da pretensão executória e terá que cumprir inteiramente a pena).

Suponha, então, que A está preso e cumpriu dois anos de prisão; faltam, portanto, sete anos para cumprir. A, porém, foge. De acordo com o art. 112, inc. II, do CP, a partir do dia em que ele interromper a execução (e, com a fuga, há interrupção da execução da pena), a prescrição da pretensão executória começa a correr (e, de acordo com o art. 113 do CP, a prescrição, agora, é regulada pela pena restante). Assim, sete anos (tempo restante) prescrevem em 12 anos (art. 109, inc. III, do CP). Se A não for preso dentro desse prazo de 12 anos, para continuar o cumprimento de pena ocorrerá prescrição da pretensão executória.

Imagine, porém, que ele foi preso novamente antes de transcorrer o prazo de 12 anos; de acordo com o art. 117, inc. V, do CP, a continuação do cumprimento de pena interrompe a prescrição e, assim, terá que cumprir integralmente a pena restante.

- inc. VI – **pela reincidência**.

Exemplo: A foi condenado a seis anos de reclusão: de acordo com o art. 109, inc. III, do CP, a prescrição operar-se-á em 12 anos, e tal prazo começará a ser contado do dia (inclusive) em que transitar em julgado a sentença para a acusação (art. 112, inc. I, do CP). Suponha, então,

que o Ministério Público tomou ciência da sentença, não recorreu, portanto transitou em julgado a sentença para a acusação, e que também houve trânsito em julgado para a defesa, tornando a pena de seis anos definitiva. Desse primeiro dia (trânsito em julgado para o MP) começa a contar o prazo prescricional de 12 anos. Imagine, então, que após 13 anos, o acusado é preso. Teoricamente, ocorreu a prescrição da pretensão executória, que se daria em 12 anos (prazo esse que transcorreu). Ocorre, porém, que o réu, durante esse prazo de 13 anos (por exemplo, no quinto ano), cometeu outro delito. Como se sabe, a reincidência se verifica quando alguém, condenado definitivamente por um crime, comete outro crime. É esse o caso. E a reincidência é causa interruptiva da prescrição (art. 117, inc. VI, do CP). Logo, embora decorrido o prazo de 13 anos, que, teoricamente, imporia prescrição da pretensão executória, tal não ocorre no caso desse exemplo, pois, como o réu reincidiu, isso interrompeu a prescrição em curso (assim, no quinto ano, quando da reincidência, o prazo "zerou e começou de novo") e o acusado, assim, terá de cumprir integralmente a pena.

f. **Suspensão** – a prescrição da pretensão executória, segundo o art. 116, parágrafo único, do Código Penal, não corre enquanto o condenado está preso por outro motivo.

4.3.4.2 Decadência – art. 103 do CP

Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, em se tratando de ação penal privada subsidiária da pública, do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia (na verdade, do dia em que se esgotar o prazo para o Ministério Público manifestar-se pelo arquivamento, pela devolução dos autos à polícia para diligências complementares ou formular denúncia).

Atenção: Esse prazo tem natureza penal, iniciando-se a contagem do dia (inclusive) em que a vítima ou seu representante legal teve conhecimento da autoria dos fatos (contagem nos termos do art. 10 do CP).

4.3.4.3 Perempção – art. 60 do CP

É a perda do direito de prosseguir na ação penal exclusivamente privada em razão de desídia, de negligência do querelante.

Nos termos do art. 60 do CPP, considerar-se perempta a ação penal:

- inc. I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;
- inc. II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo (CADI – cônjuge, ascendente, descendente ou irmão);
- inc. III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;
- inciso IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

4.3.5 Renúncia ao direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação penal privada – art. 107, V, do CP

4.3.5.1 Renúncia ao direito de queixa – art. 104 do CP

A renúncia ao direito de queixa está prevista no art. 104 do Código Penal. Renunciar significa desistir de promover a ação penal privada em face do querelado. É ato anterior à propositura da ação. Cabe na ação penal exclusivamente privada e na ação penal privada subsidiária da pública, porém, nesta última, tal não impede o Ministério Público de oferecer denúncia.

A renúncia pode ser expressa (declaração escrita e assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou por seu procurador com poderes especiais – art. 50 do CPP) ou tácita (quando o ofendido pratica ato incompatível com a vontade de processar o autor do crime – ex.: se a vítima de um crime contra a honra aceita ser padrinho de casamento do ofensor, logicamente que há renúncia tácita, pois aceitar esse convite demonstra que não tem vontade de exercer o direito de queixa contra o ofensor).

A renúncia é ato unilateral (não sujeita à anuência da parte contrária).

Atenção: O parágrafo único do art. 104 do CP diz não implicar renuncia tácita quando o ofendido recebe a indenização do dano causado pelo crime.

Em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, cuja ação penal é de iniciativa privada, se, na audiência preliminar, houver composição de danos entre autor do fato e vítima, dispõe o art. 74, *caput*, da Lei nº 9.099/95, que isso implicará renúncia ao direito de queixa (veja que, para tanto, basta a homologação do acordo civil). Esse dispositivo (art. 74) não revogou a parte final do parágrafo único do art. 104 do Código Penal, tendo em vista que somente é aplicável às infrações de menor potencial ofensivo.

4.3.5.2 Perdão do ofendido – arts. 105 e 106 do CP

O perdão do ofendido é ato posterior à propositura da ação. É cabível somente na ação penal exclusivamente privada e depois de iniciada a ação em questão até o trânsito em julgado da sentença (art. 106, § 2º, do CP).

De acordo com o art. 105 do Código Penal, o perdão do ofendido, ou seja, do querelante, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação. E o art. 106 do Código Penal acrescenta que o perdão poderá ocorrer no processo ou fora dele, podendo ser expresso ou tácito (tácito é aquele que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação). Quando concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita (aplica-se aqui o princípio da indivisibilidade da ação penal privada, ou seja, se o querelante perdoar um dos querelados, o perdão aproveita a todos). Mas, se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos demais. O perdão recusado não produzirá efeitos.

4.3.6 Retratação do agente – art. 107, VI, do CP

Somente em poucas situações a legislação admite que o autor de um crime possa retratar-se. Retratar-se é desdizer-se, voltar atrás. É ato unilateral, não dependendo da aceitação do outro.

Exemplos: Art. 143 do CP: "O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena"; art. 342, § 2º, do CP: nos casos de falso testemunho ou falsa perícia, o fato deixará de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

4.3.7 Perdão judicial – art. 107, IX, do CP

O perdão judicial consiste no poder-dever, deferido ao magistrado, de não aplicar a sanção penal. Isso somente é possível nas hipóteses previstas expressamente em lei. Havendo previsão expressa e preenchidos os requisitos, o juiz deverá conceder o perdão judicial, deixando de aplicar a pena. Trata-se de direito subjetivo do acusado.

A natureza jurídica do perdão é causa extintiva de punibilidade (art. 107, IX, do CP) e a sentença que concede o benefício é declaratória (Súmula n. 18 do STJ).

Hipóteses de cabimento: ao juiz caberá aplicar o perdão judicial somente nas hipóteses expressamente previstas na lei: homicídio culposo (art. 121, § 5º, do CP); lesões corporais culposas (art. 129, § 8º, do CP); receptação culposa (art. 180, § 5º, do CP).

Efeito: o perdão judicial não gera reincidência (art. 120 do CP).

Questões

1. (OAB/CESPE-UnB – 2006.3) Assinale a opção correta a respeito da prescrição.
   (A) O prazo de prescrição da pretensão punitiva é regulado pela quantidade de pena imposta na sentença condenatória.
   (B) No caso de evadir-se o condenado, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

   (C) Se, entre a data da sentença e a data do recebimento da denúncia, houver ocorrido o lapso de tempo de prescrição regulado pela pena *in concreto*, dar-se-á a prescrição intercorrente.
   (D) O curso da prescrição é suspenso pela reincidência.

2. (OAB/SP – 133º) Assinale a alternativa incorreta. Há extinção de punibilidade:
   (A) pela representação da vítima em crime de ação penal privada, após um ano da ocorrência dos fatos.
   (B) pelo esquecimento do pedido de condenação, nas alegações finais, em processo de ação penal privada.
   (C) pelo casamento do agente com a vítima no crime de atentado ao pudor mediante fraude.
   (D) pela morte do agente e pela *abolitio criminis*.

3. (OAB/RJ – 32º) Assinale a opção incorreta.
   (A) Serão contados em dobro os prazos de prescrição se o agente for reincidente.
   (B) No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade pela prescrição incidirá sobre a pena de cada delito, isoladamente.
   (C) A pena de multa prescreverá em dois anos se for a única cominada.
   (D) Serão reduzidos de metade os prazos de prescrição se o agente era, ao tempo do crime, menor de 21 anos de idade.

4. (OAB/SP – 133º) João, em 20 de maio de 2000, culposamente, atirou em sua mulher que veio a falecer em 23 de maio de 2000. Em 23 de maio de 2004, o juiz recebeu a denúncia contra João. A sentença transitada em julgado condenou João à pena privativa de liberdade de 2 anos de detenção. Levando-se em conta que a pena privativa de liberdade de 2 anos prescreve em 4 anos e que o termo inicial do prazo prescricional se inicia no dia em que o crime se consumou, assinale a alternativa correta.
   (A) O fato se deu em 20 de maio de 2000. Entre o fato e o recebimento da denúncia (23 de maio de 2004), passaram-se mais de quatro anos. Assim, temos a prescrição da pretensão punitiva *in abstracto*.

(B) O fato se deu em 20 de maio de 2000. Entre o fato e o recebimento da denúncia (23 de maio de 2004), passaram-se mais de quatro anos. Assim, temos a prescrição da pretensão punitiva retroativa.

(C) O fato se deu em 23 de maio de 2000. Entre o fato e o recebimento da denúncia (23 de maio de 2004), passaram-se mais de quatro anos. Assim, temos a prescrição da pretensão punitiva *in abstracto*.

(D) O fato se deu em 23 de maio de 2000. Entre o fato e o recebimento da denuncia (23 de maio de 2004), passaram-se mais de quatro anos. Assim, temos a prescrição da pretensão punitiva retroativa.

5. (OAB/DF – 2006.3) Sobre os crimes imprescritíveis no ordenamento jurídico brasileiro, assinale a alternativa correta:

(A) os crimes praticados contra crianças e adolescentes;

(B) os crimes hediondos, de tortura e de tráfico de entorpecentes;

(C) os crimes de racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(D) os crimes de terrorismo e racismo.

6. (OAB/SP – 133º) "A" desferiu o primeiro tiro em "B" em 30 de março de 2000. Em 31 de março de 2000, "A" desferiu o segundo e terceiro tiros em "B". "B" falece em 23 de abril de 2000. "A" foi condenado por homicídio doloso. Para fins de prescrição, qual o início da contagem do prazo prescricional anterior ao trânsito em julgado da sentença final?

(A) No dia 30 de março de 2000.

(B) No dia 31 de março de 2000.

(C) No dia 23 de abril de 2000.

(D) Pelo princípio da ubiquidade, dia 30 de março ou 31 de março de 2000.

7. (OAB/RS – 2007.2) Não se inclui(em) entre as hipóteses de extinção da punibilidade, constantes do art. 107, do Código Penal,

(A) o indulto.

(B) a reparação do dano.

(C) a prescrição, a decadência ou a perempção.

(D) a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito, nos crimes de ação privada.

Gabarito

1. B
2. C
3. A
4. D
5. C
6. C
7. B

5

Parte Especial
Dos Crimes Contra a Vida

Os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal). Portanto, com exceção do homicídio culposo (previsto no art. 121, § 3º, do Código Penal), todos os demais, compreendidos entre os arts. 121 e 127, do Código Penal, devem ser julgados pelo Tribunal Popular.

Atenção: Não são julgados pelo Tribunal do Júri: o crime de latrocínio (previsto no art. 157, § 3º, do CP), embora tenha resultado morte, pois é crime contra o patrimônio; o crime de lesão corporal seguida de morte (previsto no art. 129, § 3º, do CP), denominado, por parte da doutrina, de "homicídio preterintencional", porque, embora tenha resultado morte, trata-se de crime preterdoloso (a morte advém de culpa por parte do agente).

5.1 Homicídio

5.1.1 Homicídio simples – art. 121, *caput*, do CP

a. **Sujeito ativo** – trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa.

b. **Sujeito passivo** – qualquer pessoa com vida extra-uterina (no caso de vida intra-uterina temos aborto); pressupõe pessoa viva, pois, se a vítima estiver morta, afigura-se hipótese de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto (art. 17 do CP).
c. **Elemento subjetivo** – o dolo exigido é a vontade de produzir a morte da vítima (*animus necandi* ou *animus occidendi*), podendo o agente agir com dolo direto ou eventual.
d. **Consumação** – dá-se com a morte da vítima, que hoje é constatada com a morte encefálica (art. 3º da Lei n. 9.434/97).
e. **Tentativa** – é cabível, tendo em vista que o resultado pode ser impedido por circunstâncias alheias à vontade do agente (aqui pode ocorrer a tentativa nas formas perfeita, imperfeita, cruenta e incruenta ou branca).
f. **Desistência voluntária e arrependimento eficaz** – ocorrem essas figuras quando o resultado não acontece por vontade do agente (art. 15 do Código Penal); na primeira figura, o agente, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, enquanto, na segunda figura, o agente percorre toda a fase executória, mas impede o resultado (em ambas, o agente responderá pelos atos já praticados).

Atenção: O crime de homicídio simples pode ser hediondo; segundo o art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.072/90, tal ocorrerá quando "... praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente..." (grupo de extermínio é aquele que tem, como objetivo, exterminar pessoas ligadas por laços comuns).

5.1.2 Homicídio privilegiado – art. 121, § 1º, do CP

A expressão "homicídio privilegiado" não está cunhada em lei, sendo fruto de construção doutrinária e jurisprudencial; trata-se de causa especial de diminuição de pena, a qual se afigura obrigatória (tal se dá porque, se os jurados a reconhecerem, o princípio da soberania dos veredictos obriga o magistrado a conformar sua sentença com o veredicto popular), devendo o juiz, segundo o art. 68 do CP, levá-la em conta na terceira fase da aplicação da pena.

5.1.2.1 Hipóteses

As hipóteses presentes no art. 121, § 1º, e que configuram o denominado homicídio privilegiado têm caráter subjetivo, também chamadas de circunstâncias de caráter pessoal; são aquelas que dizem respeito aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais co-autores ou partícipes (daí porque, nos termos do art. 30 do CP, não se comunicam aos co-autores e partícipes).

As hipóteses de diminuição de pena são as seguintes:

a. se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral – o primeiro é aquele que traduz, que condiz com os interesses da coletividade; o segundo traduz interesse de ordem pessoal, particular;

Exemplo 1: Matar bandido perigoso que pratica crimes em um determinado local, aterrorizando toda uma coletividade, traduz relevante valor social.

Exemplo 2: Provocar a morte de doente terminal para minimizar seu sofrimento (eutanásia) é considerado relevante valor moral.

b. se o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

Atenção: "Provocar" não é "agredir" – se ocorrer agressão e esta for injusta, aquele que, reagindo, matar, estaria, em princípio, em legítima defesa; "logo em seguida" significa imediatidade, ou seja, somente haverá a hipótese se a reação ocorrer imediatamente à provocação; "sob o domínio" diferencia-se da atenuante genérica prevista no art. 65, III, *c*, do CP, que se verifica quando o agente age "sob a influência de violenta emoção".

5.1.3 Homicídio privilegiado-qualificado

Essa figura também não existe na legislação. Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial, que, de forma majoritária, aceitam essa composição: privilégio e qualificado. Todavia, tendo em vista que as hipóteses de privilégio são de natureza subjetiva, haverá, necessariamente, de coexistir com a qualificadora de natureza objetiva (são objetivas as circunstâncias previstas no art. 121, § 2º, III e IV, do CP).

Exemplo: Médico decide tirar a vida de paciente que está em estado terminal (eutanásia), mas evita ministrar algum medicamento, pois uma eventual perícia poderá apontá-lo; dessa maneira, provoca a morte do paciente mediante asfixia; no caso, temos uma situação de privilégio (matar por motivo de relevante valor moral) e a morte causada por asfixia (que é qualificadora objetiva, porque é meio de execução), o que se afigura possível (privilégio + qualificadora objetiva) = homicídio privilegiado-qualificado.

Atenção: Não será possível a figura se a qualificadora tiver caráter subjetivo (não seria possível, por exemplo, matar por relevante valor social e por motivo torpe), isso em razão das duas condicionantes serem totalmente opostas.

5.1.4 Homicídio qualificado – art. 121, § 2º, do CP

O § 2º, do art. 121, registra qualificadoras ligadas à motivação do crime (incs. I e II), aos meios de execução (inc. III), à forma de execução (inc. IV) e à conexão com outro crime (inc. V). Todas essas formas, segundo o art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.072/90, são consideradas hediondas.

5.1.4.1 Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe – art. 121, § 2º, I, do CP

Atenção: Aqui o legislador valeu-se de interpretação analógica; paga e promessa de recompensa são exemplos de motivo torpe, podendo aí ser enquadrado qualquer outro que tenha esse viés. Ex: matar o chefe para ser promovido.

A doutrina denomina esse crime de "homicídio mercenário", porque envolve vantagem econômica. Se o crime é cometido "mediante paga", houve o prévio pagamento; já a "promessa de pagamento" traduz promessa futura que pode ou não ser cumprida, sendo isso irrelevante para o reconhecimento da qualificadora. Basta, em última análise, que o homicídio tenha sido cometido por conta de promessa de futuro pagamento.

Atenção: Mandante e executor do crime respondem pela qualificadora.

A vingança poderá ser considerada motivo torpe; se estiver ligada à motivação torpe, assim será considerada. Exemplo: A, traficante, mata B, usuário de drogas, porque este não pagou pela droga consumida: vingança por motivo torpe.

5.1.4.2 Motivo fútil – art. 121, § 2º, II, do CP

Motivação fútil é a desproporcional, insignificante, desarrazoada, ínfima; o homicídio qualificado por motivo fútil é aquele que revela grande desproporção entre o delito e a sua causa (**Exemplo:** pequena discussão em família).

Atenção: A não apuração do motivo não pode ser equiparada ao motivo fútil, devendo o agente responder por homicídio simples (*in dubio pro reo*).

5.1.4.3 Emprego de meio insidioso, cruel ou que possa resultar perigo comum – art. 121, § 2º, III, do CP

O art. 121, § 2º, inc. III, do CP dispõe que o homicídio é qualificado quando cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum. Emprega o legislador, novamente, interpretação analógica, isso porque, após apontar uma fórmula casuística inicial, agrega fórmula genérica, permitindo que o aplicador enquadre outras situações que denotem insídia, crueldade ou que provoquem perigo comum (**meio insidioso** é o dissimulado, clandestino; **meio cruel** é o que causa sofrimento desnecessário à vítima ou revela brutalidade incomum; **meio que possa resultar perigo comum** é aquele que põe em risco número indeterminado de pessoas).

Exemplo: Se uma pessoa mata outra usando veneno, dando uma colher pequena todo dia, levando seis meses para matar, é considerado meio insidioso, porque a vítima não percebe que o veneno está sendo usado. Todavia, se faz a vítima ingerir grande quantidade de veneno de uma só vez, o que provoca dores terríveis, então é meio cruel; se A vai matar B queimando-o aos poucos, é meio cruel, porque causa sofrimento desnecessário; porém, se provoca incêndio para matá-lo, é perigo comum, porque causa perigo para um número indeterminado de pessoas.

Atenção: Mera reiteração de golpes, por si só, não é considerado meio cruel, isso porque, por vezes, a reiteração é necessária para a produção da morte; lembre-se de que somente quando houver desnecessidade na causação do sofrimento à vítima é que tal se revela.

5.1.4.4 Emprego de recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido – art. 121, § 2º, IV, do CP

O art. 121, § 2º, inc. IV, do CP dispõe ser qualificado o homicídio cometido à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. Emprega o legislador, mais uma vez, a interpretação analógica, isso porque, após apontar uma fórmula casuística inicial, agrega fórmula genérica ao final, permitindo, ao aplicador, que enquadre outras situações que dificultem ou tornem impossível a defesa do ofendido.

a. **Traição:** existem dois tipos de traição: física (que é o ataque de surpresa) e moral (que é a quebra de confiança, a deslealdade).

Exemplo: A e B, amigos, deviam para um traficante (dívida por conta de droga que compraram). A devia seis mil reais e B, mil reais. O traficante, em um determinado dia, chamou o que devia menos (B) e lhe fez uma proposta: daria a sua dívida por quitada se levasse A a uma praça no dia seguinte, que lá eles iriam matar A. B, para não ter que pagar o que devia, levou A para o local combinado, dizendo que iam encontrar algumas "garotas". Lá chegando, o grupo comandado pelo traficante atacou à traição e matou A. Analisando a conduta de B, percebe-se que ele foi movido por motivo torpe e valeu-se de traição moral, pois iludiu o amigo. Analisando a conduta dos executores, conclui-se que eles mataram por motivo torpe e se valeram de traição física. Ambos os homicídios são duplamente qualificados.

b. **Emboscada:** é a espera premeditada, a tocaia.

c. **Dissimulação:** é ocultar a real intenção.

Exemplo: Era o que o "maníaco do Parque" fazia, pois se fazia passar por fotógrafo de revista, iludia as vítimas e as levava ao parque para matá-las.

5.1.4.5 Conexão – art. 121, § 2º, V, do CP

O art. 121, § 2º, inc. V, do CP dispõe ser qualificado o homicídio cometido para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, ou seja, qualificado pela conexão (teleológica e conseqüencial ou causal).

a. **Homicídio qualificado pela conexão teleológica** – é aquele cometido para assegurar a execução de outro crime (note que o homicídio é praticado para assegurar a prática de crime que ainda não ocorreu; se o crime em questão não ocorrer, isso não retira a qualificação do homicídio; e, se ocorrer, haverá concurso de crimes).
b. **Homicídio qualificado pela conexão conseqüencial ou causal** – é aquele praticado para assegurar a ocultação (o objetivo é ocultar a prática delitiva, ou seja, que o crime não seja descoberto), a impunidade (o objetivo é ocultar a autoria do crime) ou a vantagem de outro crime (note que, nesses casos, o crime que se objetiva ocultar, garantir a impunidade ou a vantagem já ocorreu).

5.1.5 Homicídio culposo – art. 121, § 3º, do CP

Diz-se que o homicídio é culposo quando o resultado morte é involuntário (o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo), tendo sido causado em razão de culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

5.1.5.1 Homicídio culposo na direção de veículo automotor

Está previsto no art. 302, da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). Se a morte for culposa e ocorrer na direção de veículo automotor, o caso não pode ser enquadrado no art. 121, § 3º, do CP, e sim no art. 302 do CTB.

5.1.6 Causas de aumento de pena – art. 121, § 4º, do CP

A pena do homicídio doloso será aumentada em 1/3 se o crime for praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos. A pena

do homicídio culposo será aumentada em um 1/3 se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, se o agente deixa de prestar o mediato socorro à vítima, se não procura diminuir as conseqüências de seus atos ou se foge para evitar a prisão em flagrante.

5.1.7 Perdão judicial – art. 121, § 5º, do CP

Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, concedendo o perdão judicial se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

5.2 Infanticídio – art. 123 do CP

1. **Conceito** – matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob influência do estado puerperal.

2. **Sujeito ativo** – trata-se de crime próprio: somente a "mãe" pode ser autora.

Atenção: O sujeito ativo de crime próprio é chamado de sujeito ativo qualificado, pois a lei exige uma especial capacidade de sua parte; no caso do infanticídio, deve ser a mãe.

Terceiro que ajuda a mãe, em estado puerperal, a matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, ciente de todas as condições e circunstâncias, também responde por infanticídio; aplica-se o art. 30 do CP: não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo se elementares do crime (portanto, comunica-se ao terceiro).

3. **Sujeito passivo** – é o filho que está nascendo (nascente – durante o parto) ou que acabou de nascer (recém-nascido ou neonato).
4. **Elemento subjetivo** – somente existe infanticídio doloso, valendo o dolo direto e o eventual; infanticídio culposo não é previsto, sendo fato atípico.

5. Conduta típica:
   a. matar: crime de forma livre, por ação ou omissão;
   b. **o próprio filho:** suponha, por exemplo, que a mãe, em estado puerperal, tendo acabado de ter o filho, adentre o berçário e mate o primeiro recém-nascido que encontra, supondo tratar-se do filho, mas vem a matar filho de outra pessoa; no caso, responderá por infanticídio, aplicando-se o art. 20, § 3º, do CP (erro sobre pessoa);
   c. **durante o parto:** o parto começa com a dilatação do colo do útero, passando pela expulsão do feto, corte do cordão umbilical e expulsão da placenta (se o parto for cesariana, tem início quando médico realiza a incisão);
   d. **logo após:** predomina o entendimento de que o "logo após" dura enquanto a mãe estiver em estado puerperal, devendo ser apurado caso a caso;
   e. **estado puerperal:** é o conjunto de distúrbios físicos e psíquicos que toda mulher tem, em maior ou menor grau, durante o parto.
6. **Consumação e tentativa** – consuma-se o delito com a morte do nascente ou do recém-nascido, sendo a tentativa admissível quando a morte não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.

5.3 Aborto

5.3.1 Conceito

É a interrupção dolosa da gravidez com a morte do produto da concepção.

Atenção: O aborto somente é criminoso se for dolosamente provocado.

Somente haverá a configuração do crime se existir nexo causal, ou seja, se alguém, dolosamente, provocar aborto e, por conseqüência, a morte do produto da concepção (não interessa se a morte ocorre dentro ou fora do útero, e, na primeira hipótese, se o feto foi dissolvido, reabsorvido ou expelido).

5.3.2 Espécies

a. **Espontâneo ou natural** – ocorre quando a mulher não tem condições de "segurar a gravidez", ou seja, apresenta particular condição fisiológica que a impede de mantê-la; evidentemente não há crime, sendo o fato atípico.
b. **Acidental** – é aquele proveniente de acidente (queda, traumatismo acidental, atropelamento), não havendo tipicidade (não é criminoso); ainda que tenha ocorrido por culpa, lembre-se de que não há crime de aborto (que exige provocação dolosa).
c. **Criminoso ou provocado** – é o aborto provocado dolosamente, hipótese em que haverá crime (arts. 124 a 127 do CP).
d. **Legal ou permitido** – é aquele permitido legalmente, previsto no art. 128, incs. I (aborto necessário ou terapêutico) e II (aborto ético, sentimental, piedoso ou humanitário), do Código Penal, os quais, frente à permissão, não configuram crime.
e. **Aborto *honoris causa*** – é o aborto cometido em defesa da honra (**Exemplo:** mulher tem aventura extraconjugal, engravida e, "em defesa da honra", realiza o aborto para esconder a gravidez; no Brasil, essa espécie de aborto é considerada criminosa).
f. **Aborto social ou econômico** – é o motivado pela falta de condição econômica para manutenção da prole (também é considerado criminoso no Brasil).
g. **Aborto eugênico ou eugenésico** – quando o feto tem má-formação hereditária e não consegue viver de forma independente fora do útero materno [**Exemplo:** anencefalia (feto sem cérebro); agenesia renal (feto sem rins)].

Atenção: Esse aborto tem sido realizado com autorização judicial baseada na inexigibilidade de conduta diversa (exclusão de culpabilidade), também havendo decisões baseadas na atipicidade, em razão de considerar-se que o feto nunca terá vida própria, não havendo, pois, vida a ser protegida.

5.3.3 Objetividade jurídica

Tutela a vida intra-uterina (vida em formação).

5.3.4 Elemento subjetivo

Dolo, vontade livre e consciente de interromper a gravidez e causar a morte do produto da concepção (direto ou eventual).

5.3.5 Aborto provocado sem o consentimento da vítima e lesão corporal gravíssima que resulta em aborto – arts. 125 e 129, § 2º, V, do CP

Qual a diferença entre os dois dispositivos? É o dolo (a intenção de causar o aborto). No primeiro caso (art. 125 do CP), o agente quer provocar dolosamente o aborto; no segundo caso (art. 129, § 2º, V, do CP), o agente quer, dolosamente, lesionar a mulher (em princípio, portanto, não quer que ela aborte), todavia, excede-se na agressão e vem a causar o aborto culposamente (logo, é crime preterdoloso: dolo em relação à lesão corporal e culpa em relação ao aborto).

Atenção: Se alguém espanca uma mulher querendo que ela aborte, temos crime de aborto doloso, devendo ser aplicado o art. 125 do Código Penal; se, todavia, agride a mulher e não quer que ela aborte, mas esta escorrega, bate a barriga no chão e aborta, a lesão corporal é dolosa e o aborto culposo, devendo ser aplicado o art. 129, § 2º, V, do CP (que é crime preterdoloso); mas, se o agente agride e empurra a mulher, esta avisa que está grávida e o agressor continua, dizendo não se importar, haverá dolo eventual, o agente assumiu o resultado, devendo ser aplicado o art. 125 do Código Penal.

5.3.6 Conduta típica, consumação e tentativa

Os elementos para que se configure o aborto são:

a. gravidez;
b. **produto da concepção vivo** (se tal não existir, o crime será impossível por absoluta impropriedade do objeto);
c. **provocação dolosa idônea** (deve haver nexo causal entre o meio utilizado, que deve ser idôneo, e a morte do feto; se o meio for inidôneo – rezas, simpatias etc. – o crime será impossível por absoluta ineficácia do meio empregado);

d. **interrupção da gravidez;**
e. **morte do produto da concepção.**

Atenção: A mera interrupção da gravidez, sem a morte do produto da concepção, configura tentativa de aborto; a morte do feto acarretará a consumação delitiva.

5.3.7 Espécies de aborto criminoso

a. Auto-aborto e aborto consentido – art. 124 do CP

Consiste o crime em a gestante provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o provoque. Trata-se de crime de mão própria (portanto, não há co-autoria, admitindo-se participação). A consumação ocorre com a morte do feto, admitindo-se tentativa.

Exemplo: Joana fala para seu namorado, José, que está grávida e que pretende realizar o aborto. Este, por sua vez, compra o medicamento capaz de provocar o aborto e o entrega para Joana, que ingere o medicamento e aborta. José é partícipe de auto-aborto porque não o provocou, somente tendo comprado o remédio pra Joana praticar o auto-aborto (lembre-se de que esse crime é de mão própria – não admite co-autoria, mas admite participação). Todavia, se Joana procurar um médico, consentir e este realizar o aborto, Joana responderá pelo art. 124, CP, e o médico pelo art. 126, CP (isso porque o médico provocou o aborto).

b. Aborto provocado por terceiro

- **Com o consentimento da gestante – art. 126 do CP**

O art. 126 do Código Penal registra o crime de aborto quando há o consentimento da gestante. O crime é comum, pois qualquer pessoa pode ser sujeito ativo (médico, parteira, enfermeira, o irmão, o pai, o namorado etc.) Sujeito passivo é o feto. E o crime somente existe na forma dolosa.

Atenção: A gestante que consente que terceiro realize o aborto praticará o crime previsto no art. 124 do Código Penal (aborto consentido), e o terceiro que realiza o aborto com o consentimento da gestante responde pelo art. 126 do Código Penal; trata-se de exceção à teoria unitária ou monista, pois

ambos, em princípio, deveriam responder pelo mesmo delito; todavia, o legislador resolveu tipificar as situações em tipos penais diferentes.

Exemplo: Joana, grávida, realiza manobras abortivas, porém não consegue e pede auxílio a seu namorado José, o qual, com o consentimento de Joana, provoca dolosamente o aborto; nesse caso, João não é participe do crime do art. 124, pois, como provocou o aborto com o consentimento da gestante, praticou crime autônomo (João responde pelo art. 126 e a gestante pelo art. 124, ambos do Código Penal).

Para o terceiro responder pelo crime do art. 126 do CP, é necessário que o consentimento da gestante perdure durante a realização do aborto; se ela consentir e se arrepender a tempo, retirando o consentimento, e o aborto for realizado, tal ocorrerá, então, sem o seu consentimento, hipótese em que o terceiro responderá pelo crime do art. 125 do Código Penal (aborto sem o consentimento da gestante). Se a retirada do consentimento, todavia, for a destempo, o arrependimento foi ineficaz e a gestante responderá pelo crime do art. 124 do CP, e o terceiro pelo art. 126 do CP.

O art. 126, parágrafo único, registra situações em que o consentimento, embora existente, não é considerado (é tido como inválido), quando então o agente responderá pelo art. 125 do CP (aborto sem o consentimento da gestante):

- se a gestante não é maior de 14 anos (se ela tem 14 anos, inclusive, ou menos);
- se a gestante é alienada ou débil mental (art. 26, *caput*, do CP);
- se o consentimento foi obtido com fraude, grave ameaça ou violência.

Exemplo: Joana está grávida, conta para José, seu namorado, e este quer que ela aborte. Todavia Joana recusa-se a fazê-lo. José, então, procura um amigo, médico, e ambos ajustam manobra fraudulenta. José leva a namorada para uma consulta com o médico e este revela para Joana que ela está correndo risco de vida, havendo necessidade de realizar o aborto (aborto necessário ou terapêutico). Descoberta a manobra, como o consentimento de Joana foi obtido mediante fraude, o médico, que praticou o aborto, responderá pelo crime do art. 125 do CP (aborto sem o consentimento da gestante), e José, como partícipe do crime.

- **Sem o consentimento da gestante – art. 125, CP**

O art. 125 do Código Penal registra o crime de aborto quando não há o consentimento da gestante (ocorre quando a gestante não consente ou quando consente, mas o consentimento não é válido, que são as hipóteses registradas no parágrafo único do art. 126). O crime é comum, pois qualquer pessoa pode ser sujeito ativo (médico, parteira, enfermeira, o irmão, o pai, o namorado etc.). Sujeito passivo é o feto. E o crime somente existe na forma dolosa.

c. Forma qualificada – art. 127 do CP

Os crimes previstos nos arts. 125 e 126 do Código Penal terão a pena aumentada de 1/3 se, das manobras abortivas (seja o aborto tentado ou consumado), resultar lesão grave e duplicada se resultar a morte da gestante.

5.3.8 Aborto legal ou permitido – art. 128 do CP

Existem duas hipóteses previstas no Código Penal em que o aborto é legal, permitido, não configurando crime.

- **Aborto necessário ou terapêutico** – art. 128, I, do CP – para a configuração da hipótese, que configura verdadeiro estado de necessidade (excludente de ilicitude), são necessários dois requisitos:
  - **a.** o aborto deve ser praticado por **médico**;
  - **b.** finalidade de **salvar a vida da gestante.**

Atenção: somente o médico e sua equipe podem valer-se desse dispositivo; se uma parteira, por exemplo, praticar aborto nessas condições, sua conduta deve ser observada à luz do art. 24 do CP (estado de necessidade), não respondendo pelo crime em face dessa excludente de ilicitude.

Atenção: Se o aborto não foi praticado para salvar a vida, e sim para melhorar a saúde da gestante, o crime subsiste.

O médico não precisa de autorização judicial, da gestante ou de seu representante legal para realizar esse aborto, sendo o árbitro da necessidade (se a gestante se recusa e o médico realiza, seu comportamento é lícito, em razão do estado de necessidade).

- **Aborto ético, sentimental, piedoso ou humanitário** – art. 128, II, do CP – para a configuração da hipótese, que configura, para uns, exercício regular de direito (excludente de ilicitude) e, para outros,

inexigibilidade de conduta diversa (exclusão da culpabilidade), são necessários três requisitos:

a. o aborto deve ser praticado por **médico**;
b. a gravidez deve resultar de **estupro**;
c. **consentimento** da gestante ou, se incapaz, do representante legal.

Atenção: Por analogia, admite-se o aborto em tela também nos casos de gravidez resultante de atentado violento ao pudor.

O médico não precisa de autorização judicial para o aborto, devendo apenas cercar-se de garantias de que o crime de estupro ou atentado violento ao pudor ocorreu (boletim de ocorrência, cópia do inquérito policial etc.).

Somente o médico (e sua equipe) pode beneficiar-se desse dispositivo, não se estendendo a qualquer outro (como a parteira, por exemplo); nesse último caso, se uma parteira realizar o aborto e se comprovar que havia impossibilidade de acesso a médico, poderá ser invocada a inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade).

Questões

1. **(OAB/SP – 131º) Assinale a alternativa incorreta sobre o crime de homicídio culposo.**
   (A) O crime de homicídio admite a forma culposa.
   (B) Além do homicídio culposo definido no Código Penal, existe o homicídio culposo de trânsito, definido no Código de Trânsito.
   (C) A pena do homicídio culposo pode ser agravada se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.
   (D) O Juiz não pode, no homicídio culposo, deixar de aplicar a pena.

2. (OAB/MG – 2007.1) Jocilene, mulher que estava desgostosa da vida, abandonou, durante a madrugada, seu filho de seis meses de idade, embrulhado em panos, sobre a pista de uma grande avenida de Belo Horizonte, com a intenção de matá-lo. Poucos minutos após o abandono, dois carros passaram ao lado do neném em alta velocidade, e quase o atropelaram.

Pouco depois, outro carro passou próximo a ele, sem contudo atingi-lo. Afortunadamente, o porteiro de um prédio, que havia observado o gesto daquela mãe, deixou, correndo, o seu local de trabalho e conseguiu retirar a criança do meio da avenida, antes que ela fosse atropelada. Com base no exposto, e considerando-se o Direito Penal brasileiro, pode-se afirmar que Jocilene cometeu o crime de:
   (A) abandono de incapaz.
   (B) perigo para a vida ou saúde de outrem.
   (C) tentativa de homicídio.
   (D) exposição ou abandono de recém-nascido.

3. (OAB/MG – 2007.1) Segundo o Direito Penal brasileiro, a eutanásia constitui hipótese de:
   (A) exclusão da tipicidade;
   (B) perdão judicial;
   (C) homicídio privilegiado;
   (D) homicídio simples.

4. **(OAB/SP – 132º) Homicídio privilegiado e concomitantemente qualificado é possível quando:**
   (A) as circunstâncias do privilégio são subjetivas e os elementos da qualificadora são objetivos.
   (B) as circunstâncias do privilégio são subjetivas e os elementos da qualificadora são subjetivos.
   (C) a vítima for menor de 14 anos ou maior de 60 anos.
   (D) as circunstâncias do privilégio são objetivas e os elementos da qualificadora são objetivos.

Gabarito

1. D
2. C
3. C
4. A

6

Dos Crimes Contra o Patrimônio

6.1 Furto

6.1.1 Conceito

O crime de furto está previsto no art. 155 do CP: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel".

6.1.2 Sujeito ativo

Trata-se de crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa, exceção feita ao próprio dono ou possuidor da coisa.

Atenção: O proprietário não pode praticar esse delito tendo em conta que se exige que haja subtração de coisa alheia; todavia, poderá praticar o crime previsto no art. 156 do CP (furto de coisa comum), ou no art. 356 do CP (quando o bem próprio estiver com terceiro por determinação judicial ou convenção das partes)

Se um funcionário público subtrair bem pertencente à Administração Pública ou a terceiro, valendo-se das facilidades do cargo, praticará o crime de peculato-furto, descrito no art. 312, § 1º, do Código Penal

6.1.3 Sujeito passivo

Pessoa física ou jurídica que detém a propriedade, posse ou detenção da coisa, ainda que ilegítima ("ladrão que furta ladrão" incorre no tipo, sendo sujeito passivo a vítima da primeira subtração).

6.1.4 Desfalque patrimonial

O crime exige desfalque patrimonial, portanto, se o bem subtraído for de **ínfimo valor**, de **valor muito insignificante**, temos o denominado **delito mínimo, de lesão mínima ou de bagatela** (furto de bagatela), que será fato atípico em razão da ausência de relevância jurídica do resultado.

Atenção: Coisa de valor irrisório é diferente de coisa de pequeno valor (prevista no art. 155, § 2º, do Código Penal), que configura o furto mínimo ou privilegiado.

6.1.5 Elemento subjetivo

É o dolo – vontade de subtrair coisa pertencente a outrem com "fim de assenhoreamento definitivo" (presente na expressão "para si ou para outrem"); assim, somente há crime de furto se o sujeito quer o despojamento patrimonial definitivo da vítima; se, desde o início, o agente quer devolver a coisa subtraída e o faz nas mesmas condições que retirou, temos o denominado "furto de uso", que é atípico por falta de elemento subjetivo, por falta de dolo (subtrair com ânimo de despojamento definitivo).

Exemplo: A deixou sua Mercedes em um estacionamento. O manobrista, inebriado pelo carro, pegou e saiu para dar uma volta com a namorada. A, ao retornar ao estacionamento, verificou que seu veículo não estava lá. Todavia, logo em seguida, chegou o manobrista trazendo o carro. Devolveu o carro nas mesmas condições, no mesmo local e até pagou a gasolina. É caso de furto de uso, não configurando crime de furto por falta de elemento subjetivo (assenhoreamento definitivo).

6.1.6 Consumação e tentativa

A consumação do furto ocorrerá quando houver a posse mansa e tranqüila da coisa, ainda que seja por breve período de tempo.

6.1.7 Espécies de furto

6.1.7.1 Furto noturno – art. 155, § 1º, do CP

O referido dispositivo assinala que a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime de furto é praticado durante o repouso noturno (período de tempo em que as pessoas repousam, variando, portanto, de localidade para localidade). Predomina o entendimento de ser irrelevante se a casa é habitada ou não e se havia ou não presença dos moradores.

6.1.7.2 Furto privilegiado ou mínimo – art. 155, § 2º, do CP

Encontra-se nesse dispositivo que, se o criminoso é **primário** e a coisa furtada é de **pequeno valor**, o juiz pode substituir a pena de reclusão por detenção, diminuí-la de 1/3 a 2/3 ou aplicar somente a pena de multa (veja que são exigidos dois requisitos para a hipótese: primariedade do agente e coisa de pequeno valor).

Atenção: Coisa de pequeno valor, segundo o entendimento dominante, é aquela cujo valor não supera um salário mínimo.

Discute-se a possibilidade de se aplicar o privilégio ao furto qualificado (para muitos, somente é possível aplicar-se ao furto simples); parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido afirmativamente, ou seja, que o agente, embora cometa furto qualificado, pode ser beneficiado pelo privilégio.

6.1.7.3 Furto qualificado – art. 155, §§ 4º e 5º, do CP

Primeiro, cabe observar que se o agente praticar furto com mais de uma circunstância qualificadora, a primeira servirá para qualificar o furto e a outra ou outras servirão como circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), sendo levadas em conta para a imposição da pena-base.

O furto será qualificado nas seguintes hipóteses:

1. **Com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa** – a violência contra o obstáculo (arrombamento da porta, quebra do vidro da janela da residência etc.) deve ocorrer antes ou durante a subtração.
2. **Com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza.**

a. Abuso de confiança

Ocorre essa qualificadora quando o agente desfruta de especial confiança por parte da vítima e disso se aproveita para a consecução do crime.

Atenção: A quebra de confiança é inerente aos crimes de furto qualificado por abuso de confiança e apropriação indébita, daí a necessidade de se saber a diferença entre ambos: havendo posse vigiada, ocorrerá furto qualificado, e, se a posse for desvigiada, haverá apropriação indébita.

Exemplo 1: A tem uma empregada (B) de longa data, de confiança; vai viajar 15 dias e pede para B ficar na casa durante esse tempo. B, em um determinado dia, subtrai um objeto da casa. Nesse caso, subtraiu a coisa valendo-se de abuso de confiança (que havia, pela especial confiança haurida durante longo tempo); a coisa veio às suas mãos de forma ilícita (é furto qualificado por abuso de confiança porque a coisa era vigiada).

Exemplo 2: B, empregado na casa de A, pede emprestado determinado objeto para a sua empregadora e esta o empresta por 30 dias, deixando que B leve para casa e depois devolva. Ao levar a coisa para casa, B recebeu a coisa de forma lícita (pois foi emprestado regularmente) e a detenção é desvigiada. Se B resolver depois vender a coisa como se fosse sua, haverá crime de apropriação indébita (na apropriação indébita, também há quebra de confiança, todavia exige posse/detenção lícita inicial e desvigiada).

b. Fraude

A qualificadora ocorre quando o agente se vale de meio fraudulento, enganoso, para diminuir a vigilância da vítima e, com isso, subtrair mais facilmente a coisa pretendida.

Atenção: A fraude é inerente aos crimes de furto qualificado mediante fraude e estelionato, daí a necessidade de se saber a diferença entre

ambos: se a fraude é utilizada para diminuir a vigilância da vítima, permitindo mais facilmente a subtração por parte do agente, temos furto qualificado mediante fraude, mas, se a fraude é utilizada para a vítima, por engano, entregar a coisa, temos estelionato; no estelionato, portanto, temos tradição, entrega, enquanto no furto mediante fraude temos subtração.

Exemplo 1: A comparece a uma agência de veículos e assiste B adquirindo um automóvel. B fala para o vendedor que, em duas horas, mandará seu motorista, C, para buscar o veículo. Pouco tempo depois, A comparece à agência e se identifica como sendo o motorista C, dizendo que está ali por ordem de B para buscar o veículo. O vendedor, enganado, entrega o automóvel, crendo que A é o motorista que viria buscar o carro. A fraude foi utilizada para o vendedor entregar a coisa: estelionato.

Exemplo 2: A comparece a uma agência de veículos, faz-se passar por comprador e pede para fazer um *test drive*. Tão logo entra no carro, direciona o auto para a rua e subtrai o veículo: a fraude foi utilizada para o vendedor baixar a vigilância (veja que o vendedor não entregou o veículo para A levá-lo embora, mas somente para fazer um teste e devolvê-lo): haverá furto qualificado mediante fraude.

c. Escalada

Embora a expressão indique "entrar por cima", atualmente o entendimento é de que ocorre a qualificadora quando o agente utiliza meio anormal e esforço incomum para ingressar em local onde o furto ocorrerá (ingresso na residência vencendo um muro alto, utilizando escada, inclusive mediante escavação de túnel).

d. Destreza

É a subtração praticada com habilidade física ou manual.

Atenção: O padrão de referência, para se saber se houve a qualificadora, é a vítima: primeiro, o objeto deve estar em seu poder; se ela não perceber a subtração, há destreza, mas, se ela perceber, há furto simples (tentado ou consumado).

3. Com emprego de chave falsa – chave falsa é todo instrumento, com ou sem forma de chave, apto a abrir fechaduras (grampo, tesoura, micha, chave de fenda, cópia da chave verdadeira).

4. **Mediante concurso de duas ou mais pessoas** – atualmente, prevalece o entendimento de que não há necessidade de que todos estejam presentes ao local, praticando atos executórios do crime (a qualificadora existirá se houver indivíduos eventualmente não identificados e inimputáveis).
5. **Furto de veículo automotor** – a qualificadora, disposta no § 5º, do art. 155, do Código Penal (pena de reclusão de três a oito anos), ocorrerá se a subtração for de veículo automotor (automóvel, ônibus, caminhão, moto, aeronave, lancha, *jet-ski*) que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (para configurar a qualificadora, é necessário que o objeto subtraído cruze efetivamente a divisa do Estado ou a fronteira do País).

6.2 Roubo

6.2.1 Conceito

O crime de roubo está definido no art. 157 do Código Penal: "Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido a impossibilidade de resistência" [vê-se que o roubo nada mais é que furto praticado com violência (física, moral ou grave ameaça e imprópria)].

a. **Violência física** (também denominada violência real, própria, *vis absoluta* ou *vis corporalis*) trata-se de utilização de lesão corporal ou vias de fato contra a vítima.

b. **Grave ameaça** (que é a violência moral ou *vis compulsiva*) trata-se de promessa de mal grave, com idoneidade para causar intimidação à vítima.

c. **Violência imprópria** é a utilização de qualquer outro meio (exceção feita à violência física e grave ameaça, já mencionados antes) que reduza a vítima à impossibilidade de resistência (ex.: utilização de bebida alcoólica).

6.2.2 Sujeito ativo

Crime comum; pode ser praticado por qualquer pessoa.

6.2.3 Sujeito passivo

Pessoa que detém a propriedade, posse ou detenção da coisa, inclusive aqueles que forem vítimas da violência.

6.2.4 Desfalque patrimonial

Ainda que o objeto roubado seja de ínfimo valor, é inaplicável o princípio da insignificância, ocorrendo o crime de roubo (o fato é típico, não existindo o denominado "roubo de bagatela", isso porque não se trata apenas de crime contra o patrimônio, havendo outros bens jurídicos de relevância que são violados: incolumidade física, psíquica, vida etc.).

6.2.5 Elemento subjetivo

É o dolo – vontade de subtrair coisa pertencente a outrem, empregando violência; todavia, ainda que o agente queira devolver o objeto, há o crime de roubo (aqui não existe o "roubo de uso", isso porque ainda que o agente devolva o bem, portanto o patrimônio estaria restaurado, os demais bens violados –incolumidade física e psíquica – são impossíveis de ser recompostos).

6.2.6 Espécies de roubo

6.2.6.1 Roubo próprio – art. 157, *caput*, do CP

O roubo próprio se verifica quando o agente subtrai coisa alheia móvel mediante violência física, grave ameaça ou violência imprópria. Nesse caso, a violência funciona como meio executório (meio utilizado para a subtração), devendo ser empregada, portanto, antes ou durante a subtração do bem.

Embora haja entendimento de que o roubo próprio atinge a consumação da mesma maneira que o furto (com a posse tranqüila e desvigiada da *res*), prevalece, nos Tribunais Superiores, que a consumação se verifica com o apoderamento do bem (perda da disponibilidade da coisa pela vítima), ainda que não tenha havido posse tranqüila.

6.2.6.2 Roubo impróprio – art. 157, § 1º, do CP

O roubo impróprio se caracteriza pelo emprego de violência (física ou moral), após a subtração da coisa, para garantir a impunidade do agente ou a detenção da coisa para si ou para terceiro (no roubo impróprio, a violência não é meio executório, sendo utilizada para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro; além disso, só estão previstas as violências física e a grave ameaça, não havendo referência à violência imprópria).

Atenção: A ingressa em uma casa, furta um objeto e se retira. Depois de 15 ou 20 minutos, é alcançado por B, proprietário da residência, e o agente, para garantir a posse da coisa e sua impunidade, vale-se de violência física contra B. Trata-se de roubo impróprio? Não. Houve furto consumado e somente depois a violência (crime de lesão corporal) em concurso material. Para ser roubo impróprio é necessário que a violência seja empregada depois da subtração, mas antes da posse tranqüila (antes da consumação do furto), no mesmo contexto fático (ex.: sujeito subtrai bem e, quando está saindo da casa, alguém avança contra si e, nesse momento, depois da subtração e antes da consumação do furto, no mesmo contexto, o agente desfere murros para garantir a coisa e a sua impunidade).

6.2.6.3 Roubo agravado ou circunstanciado – art. 157, § 2º, do CP

Atenção: Apesar de muitos denominarem esse crime de roubo qualificado, as situações previstas no § 2º não são qualificadoras, e sim de causas de aumento de pena, tendo em vista que o legislador determina que a pena seja aumentada de 1/3 até metade (a denominação correta é roubo circunstanciado ou agravado); o STJ decidiu que uma causa de aumento deve elevar a pena em 1/3, se ocorreram todas, 1/2, e havendo mais de uma a exasperação deve ser proporcional.

6.2.6.3.1 Emprego de arma – inc. I

Em primeiro lugar, predomina o entendimento de que haverá a causa de aumento de pena em questão, seja a arma própria (voltada, originariamente, para ataque e defesa) ou imprópria (basta que apresente potencialidade lesiva – ex.: faca de cozinha, tesoura, garrafa quebrada, estilete, caco de vidro etc.).

Em segundo lugar, predomina o entendimento de que haverá a causa de aumento de pena se houve emprego ou porte ostensivo da arma (quando o agente, embora não empunhando, mostra a arma, ostensivamente, para causar intimidação).

Se o agente, todavia, simular estar armado (por exemplo, introduzindo a mão no interior da camisa, quando então não se sabe se está armado ou se está apenas simulando estar armado) ou apenas afirmar que está armado (sem empunhar a arma ou ao menos portá-la ostensivamente), há **roubo simples** (caracteriza a grave ameaça, causadora de intimidação), não havendo a causa de aumento de pena derivada do emprego de arma.

Se o agente se vale de arma de fogo de verdade, restará caracterizado o art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal (roubo agravado pelo emprego de arma). Todavia, se utiliza arma de brinquedo, restará caracterizado o art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo simples), ou seja, a arma de brinquedo tem o único efeito de caracterizar "grave ameaça", mas não a agravação do inc. I, do § 2º, do art. 157.

6.2.6.3.2 Concurso de duas ou mais pessoas – inc. II

Não se exige que todos pratiquem atos executórios, nem mesmo a identificação de todos os participantes, admitindo-se envolvido que seja menor inimputável.

6.2.6.3.3 Serviço profissional de transporte de valores – inc. III

A qualificadora em questão exige transporte profissional de valores e ciência prévia do agente a respeito, não podendo ocorrer ocasionalmente.

6.2.6.3.4 Subtração de veículo automotor – inc. IV

Ocorrerá a causa de aumento de pena se a subtração for de veículo automotor (automóvel, ônibus, caminhão, moto, aeronave, lancha,

jet-ski) que venha a ser efetivamente transportado para outro Estado ou para o exterior (é necessário que o objeto subtraído cruze a divisa do Estado ou a fronteira do País).

6.2.6.3.5 Restrição da liberdade da vítima – inc. V

Esse inciso pode gerar dúvidas acerca de sua aplicação: quando enquadrar a situação como causa de aumento de pena do roubo (inc. V) e como crime de seqüestro (art. 148 do CP)?

Quando o agente **restringe** a liberdade da vítima, momentaneamente, apenas para facilitar o roubo (meio de execução do roubo) ou para evitar a ação policial (quando o agente leva a vítima para evitar que ela acione a polícia), a situação deve ser enquadrada no inc. V, do art. 157, § 2º, do Código Penal. Se, todavia, há **privação** da liberdade, mantendo o agente a vítima em seu poder desnecessariamente, sem conexão com o roubo e com a ação policial, configura-se de forma autônoma o art. 148 do Código Penal.

Exemplo: A rouba pertences em uma casa e determina à vítima que entre no veículo, levando-a consigo, e, pouco depois, ele a solta. Nesse caso ele restringiu a liberdade da vítima para assegurar que a família não avise a polícia, garantindo assim o sucesso do roubo (art. 157, § 2º, inc. V, CP). Todavia, se, desnecessariamente, não necessitando disso para assegurar o roubo, ele mantiver a vítima em seu poder, privando-a da liberdade, restará configurado o delito do art. 148 do Código Penal (crime autônomo de seqüestro).

6.2.6.4 Roubo qualificado – art. 157, § 3º, do CP

O roubo será qualificado se da violência resultar lesão corporal grave ou morte da vítima (ao empregar a palavra "violência" o legislador refere-se tão-somente à violência física; logo, só nos casos de violência física será aplicada a qualificadora).

De acordo com o dispositivo, se da violência resultar lesão corporal grave, a pena será de reclusão de sete a 15 anos, e, se morte, temos a figura do latrocínio, sendo a pena de reclusão de 20 a 30 anos.

Exemplo: A quer roubar um carro e mata a vítima, mas não consegue levar o veículo em razão da chegada da polícia. Trata-se de tentativa de

latrocínio ou latrocínio consumado? Em caso de morte da vítima, o latrocínio é sempre consumado, não importando se subtraiu ou não o bem (Súmula n. 610 do STF).

6.2.7 Diferença entre roubo e extorsão

A diferença entre roubo (art. 157 do CP) e extorsão (art. 158 do CP) reside na conduta da vítima. Se a conduta da vítima é imprescindível para que o agente alcance o seu objetivo (obtenção da vantagem econômica indevida), temos crime de extorsão. Se a conduta da vítima é dispensável para tanto, temos crime de roubo.

Exemplo 1: A exige que a vítima entregue o cartão do banco e a senha para que possa efetuar saque de dinheiro; sem o cartão do banco e a senha, o agente não conseguiria efetuar o saque, portanto, a conduta da vítima é necessária para o agente obter a vantagem patrimonial indevida, caracterizando extorsão (art. 158 do CP).

Exemplo 2: A pratica grave ameaça com emprego de arma contra a vítima e exige que ela lhe entregue a bolsa. A vítima entrega-lhe a bolsa. Nesse caso, a vítima foi constrangida mediante grave ameaça a fazer alguma coisa (entregar a bolsa) e o agente tinha o intuito de obter indevida vantagem econômica. Embora pareça extorsão, porém, o caso revela roubo, isso porque a conduta da vítima é desnecessária, é irrelevante. Em outras palavras, quer a vítima entregue a bolsa ou não, A a subtrai, o que torna dispensável a conduta da vítima para ele atingir o objetivo, que é a subtração da bolsa, caracterizando roubo (art. 157 do CP).

Atenção: O denominado "seqüestro relâmpago" é crime de extorsão, isso porque o agente constrange a vítima, geralmente mediante grave ameaça, a entregar-lhe o cartão e a senha para, com isso, realizar saque e obter indevida vantagem econômica

6.3 Extorsão

6.3.1 Conceito

Configura-se a extorsão (art. 158 do CP) quando o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito

de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

6.3.2 Sujeitos ativo e passivo

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa (inclusive funcionário público; se este, ainda que no exercício da função, utilizar violência física ou grave ameaça contra a vítima para que faça, tolere ou deixe de fazer algo, com o objetivo de obter indevida vantagem econômica, cometerá crime de extorsão). Sujeito passivo será a vítima da violência física ou grave ameaça e o que sofrer prejuízo.

6.3.3 Elemento subjetivo

É crime doloso inexistindo forma culposa. Exige-se, para a sua configuração, que o agente tenha a finalidade de obter indevida vantagem econômica (contida na expressão "com o intuito de"). Se não existir essa finalidade (elemento subjetivo do tipo), haverá o crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

6.3.4 Consumação e tentativa

O crime de extorsão é crime formal, logo, verifica-se a consumação independentemente da obtenção da vantagem econômica. Todavia, admite-se a tentativa: se o agente se vale de violência ou grave ameaça (por exemplo, ele agride a vítima) para que a vítima faça algo, como entregar o cartão e a senha, e se, antes disso, o agente for preso, temos tentativa de extorsão. Se ela entregar o cartão, fornecer a senha e o agente for preso antes de conseguir a vantagem patrimonial, temos consumação. E, se ele for preso depois de ter conseguido a vantagem, temos exaurimento do crime.

Atenção: Súmula n. 96 do STJ: "O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida".

O crime de extorsão é crime formal, assim, a obtenção de vantagem econômica indevida caracteriza mero exaurimento.

6.3.5 Causa de aumento de pena

De acordo com o art. 158, § 1º: "Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade", e o § 2º complementa: "Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º, do artigo anterior" (o art. 157, § 3º, do CP).

6.4 Extorsão mediante seqüestro

6.4.1 Conceito

O crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP) estará configurado quando o agente seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate (embora haja discussão, predomina o entendimento de que a vantagem pretendida deve ser econômica).

6.4.2 Sujeitos ativo e passivo

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Sujeito passivo será a vítima do seqüestro e a que sofre a lesão patrimonial.

6.4.3 Elemento subjetivo

Trata-se de crime doloso inexistindo forma culposa. Exige-se, para a sua configuração, que o agente tenha a finalidade de obter qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. Se não existir essa finalidade (elemento subjetivo do tipo), haverá o crime de seqüestro (art. 148 do CP).

6.4.4 Consumação e tentativa

O crime de extorsão, mediante seqüestro, é crime formal, logo, a consumação se verifica independentemente da obtenção da vantagem. Assim, a consumação ocorre com a privação da liberdade da vítima, por tempo juridicamente relevante, para obtenção da vantagem, ainda que não se consiga a vantagem almejada. Se a vantagem for realmente obtida, haverá exaurimento. Todavia, admite-se a tentativa: se o agente está seqüestrando a vítima e, nesse momento, é preso, ou seja, se ainda não privou a vítima da liberdade, haverá tentativa de extorsão mediante seqüestro.

6.4.5 Qualificadoras

O art. 159, § 1º, registra as seguintes qualificadoras:

a. se o seqüestro dura mais de 24 horas;
b. se o seqüestrado é menor de 18 anos ou maior de 60 anos;
c. se o crime é cometido por bando ou quadrilha.

Além disso, os §§ 2º e 3º trazem formas qualificadas pelo resultado:

a. § 2º – se do fato resulta lesão corporal de natureza grave;
b. § 3º – se do fato resulta a morte.

A lesão corporal grave e a morte, que qualificam o delito, podem ser causadas dolosa ou culposamente, todavia somente ocorrerão as qualificadoras se a lesão grave ou a morte forem produzidas no seqüestrado. Entretanto, haverá a forma qualificada **se do fato resultar lesão grave ou morte** (ex.: se o seqüestrado, em razão do seqüestro, sofrer ataque cardíaco e morrer, haverá a figura qualificada do art. 159, § 3º, do CP). Se a lesão grave ou morte ocorrer em terceiro (ex.: um parente que venha a trazer o valor do resgate), haverá concurso de delitos (seqüestro em concurso com lesão grave ou homicídio).

Note, ainda, que há diferença entre as formas qualificadas em questão e as qualificadoras do art. 157, § 3º, e 158, § 2º, do CP. Isso porque nesses últimos dois crimes (roubo e extorsão), o legislador fez constar "se da violência resulta lesão corporal grave...; se resulta morte...", o que importa que tais qualificadoras existirão se da "violência física" ocorrerem esses resultados. Diferentemente, no art. 159, §§ 2º e 3º, consta "se do fato resulta lesão corporal de

natureza grave" e "se resulta a morte", ou seja, basta que "do fato do seqüestro" resulte lesão grave ou morte do seqüestrado.

6.4.6 Delação premiada ou delação eficaz

Dispõe, o § 4º do art. 159 que, se o crime for cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado (exige-se a efetiva libertação e que o denunciante tenha contribuído efetivamente para isso), terá sua pena reduzida (obrigatoriamente) de 1/3 a 2/3.

6.4.7 Diferença entre extorsão mediante seqüestro e seqüestro relâmpago (extorsão)

No seqüestro relâmpago (extorsão), a privação da liberdade da vítima é momentânea, ou seja, perdura enquanto o agente necessitar da vítima para lograr a obtenção da vantagem, sendo que já sabe, de antemão, que o saque será limitado em razão do limite de saque imposto pelo banco. Na extorsão mediante seqüestro, a privação da liberdade é por tempo maior, juridicamente relevante, e a liberdade da vítima passa a ser moeda de troca, ou seja, o agente passa a negociar a liberdade da vítima, fazendo exigências (condição ou resgate).

6.4.8 Diferença entre extorsão mediante seqüestro e seqüestro ou cárcere privado

O crime de seqüestro ou cárcere privado (art. 148 do CP) está previsto no Capítulo VI – Dos Crimes contra a Liberdade Individual. O dolo do agente, ao cometê-los, é de privar a vítima de sua liberdade de locomoção, sem qualquer outra finalidade. A diferença entre seqüestro e cárcere privado é que, no primeiro, a vítima tem maior liberdade de ir e vir e, no segundo, ela é confinada (submetida à privação de liberdade em recinto fechado). Mas se o seqüestro ou cárcere privado tem por finalidade a obtenção de qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, estará configurado o crime de extorsão mediante seqüestro.

6.5 Apropriação indébita

6.5.1 Conceito

Dá-se o crime de apropriação indébita (art. 168 do CP) quando alguém, tendo a posse ou detenção legítima e desvigiada do bem (portanto, estava de boa-fé ao ingressar na posse ou detenção do bem), passa a se comportar "como se dono fosse", invertendo o ânimo da posse ou detenção, quando então se apropria desse bem.

Três requisitos, portanto, são exigidos para a configuração do delito: posse/detenção legítima e desvigiada; boa-fé inicial; inversão do ânimo da posse/detenção.

6.5.2 Sujeitos ativo e passivo

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa (se for funcionário público e a coisa estiver em seu poder em razão da função, há peculato-apropriação – art. 312, *caput*, do CP). Sujeito passivo será o proprietário do bem.

6.5.3 Elemento subjetivo

O crime é punido na forma dolosa, não havendo forma culposa; o dolo (a intenção de se apropriar) é posterior à posse/detenção, ou seja, o dolo é subseqüente (ele nasce após a posse/detenção inicial que é de boa-fé, legítima).

6.5.4 Espécies e consumação

a. **Apropriação indébita propriamente dita** – crime praticado por ação, aperfeiçoa-se com a prática de atos comissivos que indicam a inversão da posse ou detenção (venda, troca, doação da coisa etc.); permite a tentativa.
b. **Negativa de restituição** – crime praticado por omissão, aperfeiçoa-se com a negativa do agente em devolver a coisa de outrem (a mera demora na restituição não acarreta o delito, sendo, em princípio, um fato atípico); não permite tentativa.

6.5.5 Apropriação indébita agravada

Ver art. 168, § 1º, do CP.

6.5.6 Apropriação indébita privilegiada

Ver art. 170 do CP.

6.6 Estelionato

6.6.1 Conceito

O estelionato (art. 171 do CP) se aperfeiçoa quando o agente obtém (trata-se de crime material) vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro mediante o emprego de fraude. Note, portanto, que o estelionato se verifica se o agente induzir ou se apenas mantiver a vítima em erro.

Exemplo: A se dirige à agência bancária para pagar conta e pergunta ao caixa que a atende se o recolhimento que está fazendo está correto, e o caixa, percebendo que a vítima está pagando valor maior, responde que sim e, depois, apropria-se da importância; o caso revela estelionato, pois o caixa, apesar de não ter induzido, "manteve a vítima em erro mediante fraude" (aproveitou-se do erro da vítima e a manteve nesse estado).

6.6.2 Sujeitos ativo e passivo

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Sujeito passivo será o titular do patrimônio lesado e aquele que foi enganado (é preciso vítima determinada ou grupo determinado de pessoas).

6.6.3 Elemento subjetivo

O crime é punido na forma dolosa, não havendo forma culposa; o dolo (a intenção de obter vantagem ilícita) é anterior à obtenção da vantagem.

6.6.4 Consumação e tentativa

O estelionato, como é crime material, atinge a consumação com a obtenção da vantagem ilícita, bastando, na vantagem parcelada, que obtenha a primeira parcela. Se tal não se dá por circunstâncias alheias à vontade do agente, ocorre a tentativa.

6.6.5 Estelionato privilegiado

Ver art. 171, § 1º, do CP.

6.6.6 Condutas equiparadas a estelionato

Ver art. 171, § 2º, do CP.

1. **Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro** Art. 171, § 2º, inc. V – trata-se de crime formal, pois o legislador não exige produção do resultado (é uma exceção, pois os demais crimes de estelionato são materiais); nesse caso, a consumação se dá independentemente da obtenção da vantagem ilícita, bastando, por exemplo, que o agente protocolize pedido na seguradora, visando ao recebimento indevido do seguro.
2. **Fraude no pagamento por meio de cheque** – art. 171, § 2º, inc. VI
   a. Há duas formas de se praticar o delito: **emitir cheque sem fundos** (quando da emissão já não havia fundos) e **frustrar o pagamento** (quando da emissão havia fundos e, em seguida, o correntista sacou o dinheiro da conta para não haver pagamento ou emitiu contra-ordem sem justificativa).
   b. Na primeira modalidade (emissão de cheque sem fundos), quem comete o delito é o **emitente** (se for conta conjunta, apenas o que emitiu o cheque; se os dois emitiram, ambos os emitentes); o **endossante** não responde por esse delito porque não emitiu o cheque (poderá, porém, responder pelo estelionato na forma fundamental – art. 171, *caput*, do Código Penal).

Exemplo: A recebe um cheque e toma conhecimento de que foi emitido sem fundos. Ciente de que não receberá o valor, A entrega o cheque para B, sem avisá-lo, aproveitando-se do pagamento de mercadorias adquiridas desse último. Nesse caso, há estelionato por parte de A, pois, ciente de que o cheque não tinha fundos, passou para terceiro sem cientificá-lo, nisso consistindo a fraude para a obtenção da vantagem ilícita.

c. Na segunda modalidade (frustrar o pagamento de cheque com fundos), quem comete o delito é o correntista que frustrar o pagamento (pode ser quem emitiu o cheque ou o outro correntista que não o emitiu e que, ao tomar conhecimento da emissão da cártula, providencia a frustração do pagamento); tal ocorre mediante a retirada de fundos ou com contra-ordem sem justificativa.

Atenção: o simples fato de emitir contra-ordem não é crime, havendo necessidade de que tal ocorra por má-fé (nesse sentido a Súmula n. 246 do STF afirma: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos"); logo, se a contra-ordem não teve justificativa, em tese, há estelionato.

d. Na modalidade **emissão de cheque sem fundos** (art. 171, § 2º, inc. VI, do CP), crime que é praticado pelo correntista, atente que o foro competente para o processamento é o local onde se deu a recusa de pagamento (portanto, é o local da agência do correntista). Isso é objeto de duas súmulas (Súmula n. 521 do STF e Súmula n. 244 do STJ).
Lembre-se, também, da Súmula n. 554, do STF: "O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal". Ou seja, se o emitente pagar o cheque sem fundos até o juiz receber a denúncia, o magistrado não poderá receber a inicial, faltando justa causa para tanto.

Atenção: A Súmula n. 554 do STF é aplicável apenas ao art. 171, § 2º, inc. VI, do Código Penal; para os outros tipos de estelionato, é aplicável o art. 16 do Código Penal, que trata do arrependimento posterior.

6.6.7 Falso e estelionato

Se o agente, para praticar estelionato, falsifica um documento e o emprega (e nisso consiste a fraude) para obtenção de vantagem ilícita, deve responder pelos dois crimes (falso e estelionato) ou apenas por um (falso ou estelionato)?

Em primeiro lugar, cabe a leitura do art. 297, § 2º, do Código Penal, que equipara, a documento público, todo título transmissível por endosso. Portanto, temos, nesse caso, falsificação de documento público e estelionato.

Em segundo lugar, cabe observar o teor da Súmula n. 17 do STJ: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido". Logo, se a falsificação se exaurir no estelionato, sem mais potencialidade lesiva (não mais podendo ser utilizada para outros crimes), haverá unicamente o crime de estelionato.

Mas ainda resta uma questão. Nesse caso, onde reside competência para apreciar o crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque?

Atenção: Súmula n. 48 do STJ: "Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque".

6.6.8 Observações finais

Não configura estelionato: **a)** emissão de cheque pré ou pós-datado; **b)** pagamento de dívidas vencidas com cheque sem fundo; **c)** apresentação do cheque antes da data.

6.7 Receptação

O crime de receptação é um crime acessório, pois pressupõe crime antecedente (que é principal) que pode ou não ser patrimonial (é possí-

vel, por exemplo, receptação de coisa, objeto de peculato). De acordo com o § 4º do art. 180, "A receptação é punível ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa".

Espécies:

6.7.1 Receptação dolosa simples

1. **Própria** – art. 180, *caput*, 1ª Parte, do CP – "Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime...";
   a. crime comum – pode ser praticado por qualquer pessoa;
   b. coisa – móvel;
   c. elemento subjetivo – dolo – o legislador, ao utilizar a expressão "que sabe", exige **dolo direto** por parte do agente;
   d. crime material – exige o resultado – a consumação se verifica com a tradição, admitindo tentativa.

2. **Imprópria** – art. 180, *caput*, 2ª Parte, do CP – "... influir para que terceiro, de boa fé, a adquira, receba ou oculte";
   a. crime comum – pode ser praticado por qualquer pessoa;
   b. coisa – móvel;
   c. elemento subjetivo – dolo – o legislador, ao utilizar a expressão "que sabe", exige **dolo direto** por parte do agente;
   d. crime formal – não se exige o resultado – a consumação se verifica com a simples influência, não admitindo tentativa.

6.7.2 Receptação dolosa qualificada – art. 180, §§ 1º e 2º, do CP

a. crime próprio – só pode ser praticado por comerciante (assinala o § 2º que: "Equipara-se à atividade comercial (...) qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência") ou industrial;
b. coisa – móvel;
c. elemento subjetivo – dolo – o legislador, ao utilizar a expressão "que deve saber", admite **dolo direto ou dolo eventual** por parte do agente

6.7.3 Receptação dolosa agravada

Ver art. 180, § 6º.

6.7.4 Receptação dolosa privilegiada

Ver art. 180, § 5º, 2ª Parte.

6.7.5 Receptação culposa – cabe perdão judicial

Ver art. 180, § 3º e art. 180, § 5º, 1ª Parte, respectivamente.

Questões

1. **(OAB/PR – 2007.1) Sobre o crime de receptação, assinale a alternativa correta:**
   (A) sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, incluindo-se o co-autor do crime antecedente;
   (B) sujeito passivo é a pessoa que figura como vítima no crime antecedente, do qual teve origem a coisa receptada;
   (C) é impossível a receptação em cadeia, a receptação da receptação;
   (D) a receptação somente é punível se conhecido o autor do crime de que proveio a coisa receptada.

2. **(OAB/RS – 2007.2) J, de 20 anos, subtrai da carteira de H, de 56 anos, seu pai, a importância de R$ 500,00 para jantar com a namorada. H, ao perceber a subtração, aciona a polícia, que procede à competente investigação e indica J como autor do fato. Nesta hipótese, é correto afirmar que J:**
   (A) poderá ser processado pelo crime de furto, mas será isento de pena por ter sido ele praticado contra ascendente
   (B) será processado pelo crime de furto qualificado pelo abuso de confiança
   (C) será processado pelo crime de furto simples agravado por ser contra ascendente
   (D) será processado pelo crime de furto simples

3. (OAB/SP – 133º) Assinale a alternativa correta. No roubo impróprio, o crime:
   (A) se consuma com a subtração da coisa móvel alheia
   (B) se consuma com a retirada da coisa móvel subtraída da esfera de vigilância da vítima.
   (C) não admite a forma tentada porque sua tentativa configuraria furto consumado ou tentado
   (D) não admite a forma tentada porque se trata de crime formal.

4. (OAB/RO – 43º) Assinale a assertiva incorreta.
   (A) no delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio previsto no art. 122 do Código Penal, pena é duplicada se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência
   (B) no peculato culposo, a reparação do dano precedente à sentença irrecorrível extingue a punibilidade, porém, se lhe é posterior, não traz qualquer benefício penal ao agente.
   (C) segundo entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, o delito de extorsão, previsto no art. 158, do Código Penal, consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida
   (D) no caso do delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, do Código Penal, facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais

5. (OAB/SP – 133º) Assinale a alternativa incorreta.
   (A) no estelionato, o dolo surge antes da obtenção da vantagem
   (B) no roubo impróprio, o crime se consuma com a subtração da coisa móvel alheia
   (C) na apropriação indébita, o dolo de apropriar-se surge após a obtenção da coisa
   (D) na extorsão, o crime se consuma com o constrangimento sofrido pela vítima, mesmo que a vantagem indevida não seja auferida.

6. (OAB/SP – 131º) João e Pedro, agindo de comum acordo, subtraíram, para si, importância em dinheiro que Maria, mãe de João, com 62 (sessenta e dois) anos de idade, guardava em sua casa. Em face desse fato,
   (A) João e Pedro podem ser processados, porque Pedro não é atingido por escusa absolutória, e João porque, embora pudesse ser beneficiado pela escusa, esta não se aplica pelo fato de a vítima ter mais de 60 (sessenta) anos de idade
   (B) João e Pedro não podem ser processados, porque ambos seriam beneficiados por escusa absolutória.
   (C) João não poderia ser processado porque seria beneficiado pela escusa absolutória, mas Pedro poderia ser processado porque a ele não se aplicaria a escusa
   (D) João e Pedro podem ser processados porque não há mais escusa absolutória em crime patrimonial praticado por filho contra a mãe

7. (OAB/SP – 131º) Veja o seguinte tipo: "Adquirir, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, coisa que deve saber ser produto de crime" corresponde ao crime de:
   (A) fraude no comércio
   (B) dano qualificado
   (C) receptação qualificada
   (D) favorecimento real.

Gabarito

1. B
2. A
3. C
4. B
5. B
6. A
7. C

7

Dos Crimes Contra a Administração Pública

7.1 Introdução

1. **Crimes funcionais** – o Capítulo I trata dos crimes funcionais, em que a condição de funcionário público atua como elementar do tipo; temos os **crimes funcionais próprios**, que são aqueles que só podem ser praticados por funcionário público (ex.: art. 319 do CP – prevaricação), e os **crimes funcionais impróprios**, os quais, retirada a qualidade especial do sujeito ativo, acarreta atipicidade relativa, ou seja, a tipificação para crime não funcional (ex.: art. 312 do CP – peculato-apropriação: se o agente não for funcionário público, há crime de apropriação indébita).
2. **Crimes próprios** – todos os crimes do Capítulo I são próprios (exigem do sujeito ativo a condição especial de ser funcionário público), podendo o particular, no entanto, responder pelo crime nos termos do art. 30 do CP ("Não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime").
3. **Conceito de funcionário público** – art. 327 do CP.

7.2 Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral

7.2.1 Peculato

7.2.1.1 Peculato-apropriação – art. 312, *caput*, 1ª Parte, do CP

O crime de peculato-apropriação se verifica quando o funcionário público se apropria de dinheiro, de valor ou qualquer outro bem móvel público ou particular que tem a posse em razão do cargo.

Exemplo: Escrivão de polícia tem inquérito policial sob sua responsabilidade, no qual há bens de particulares apreendidos, e se apropria desses bens.

Como se verifica, o funcionário, no caso, tem a posse legítima de bem móvel, particular, que está sob sua guarda em razão do cargo, portanto sob custódia da administração, e passa a agir como se dono fosse, apropriando-se (nesse caso de apropriação de bem particular que está sob custódia da administração o delito é denominado **peculato-malversação**). Se por acaso não houvesse guarda ou custódia da administração, teríamos o crime de apropriação indébita.

Atenção: O peculato-apropriação é uma das espécies do denominado "peculato próprio" (a outra é o peculato-desvio).

Trata-se de crime material que se consuma com a inversão do ânimo da posse (que pode se dar por atos comissivos – venda, doação – ou omissivos – negativa de restituição); somente no primeiro caso é possível a tentativa.

7.2.1.2 Peculato-desvio – art. 312, *caput*, 2ª Parte, do CP

O crime de peculato-desvio se dá quando, tendo a posse de dinheiro, de valor ou qualquer outro bem móvel público ou particular em razão do cargo, o funcionário público desvia o bem em proveito próprio ou alheio.

Nesse crime, como se vê, o funcionário tem a posse ou detenção legítima de bem móvel público ou particular que está sob custódia da administração e lhe dá destinação diversa, em proveito próprio ou alheio (se for em favor da própria administração, há o crime do art. 315 do CP), ainda que não seja definitiva.

Atenção: O peculato-desvio é outra espécie do denominado "peculato próprio".

A consumação se dá com o desvio do bem, ainda que não haja a obtenção da vantagem, sendo possível a tentativa.

7.2.1.3 Peculato-furto – art. 312, § 1º, do CP

O peculato-furto se aperfeiçoa quando, não tendo a posse do dinheiro, do valor ou do bem, o funcionário público o subtrai ou concorre para que seja subtraído, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público.

Exemplo: Escrivão de polícia A recebe inquérito policial com R$ 50.000,00 reais apreendidos e o escrivão de polícia B, da sala ao lado, toma conhecimento; naquela noite, B, que não tem detém posse daquele valor, vai à delegacia e, valendo-se das facilidades do cargo, pega a chave da sala de A, entra e subtrai os R$ 50.000,00; B responderá por peculato-furto, pois não tinha a posse do dinheiro e, valendo-se das facilidades do cargo, subtraiu a importância em questão. Se B, todavia, ingressar na sala do colega utilizando uma escada, penetrando no local pelo telhado, como um criminoso comum (sem se valer das facilidades do cargo), responderá por furto qualificado, e não peculato-furto.

Atenção: Se um policial, que está atendendo uma ocorrência policial, subtrair o CD *player* do veículo envolvido antes da apreensão, há somente crime de furto, isso porque o objeto ainda não estava sob guarda da administração.

Nesse crime, como se vê, o funcionário não tem a posse do bem que está sob custódia da administração e o subtrai ou concorre para sua subtração (nesse caso, há um terceiro com quem está ajustado e que também responderá por peculato-furto), valendo-se das facilidades que lhe proporciona essa qualidade. Se não se valeu das facilidades, haverá crime comum (furto simples ou qualificado).

Atenção: O peculato-furto é denominado "peculato impróprio".

A consumação se dá quando o bem sai da esfera de disponibilidade e vigilância do Estado, sendo possível a tentativa.

7.2.1.4 Peculato culposo – art. 312, §§ 2º e 3º, do CP

O peculato-culposo pressupõe um crime doloso praticado por alguém (que pode ou não ser funcionário público) e a contribuição culposa do funcionário público (por imprudência ou negligência), que, por falta de diligência, permite a prática criminosa por outrem (note que, nesse caso, não há ajuste entre ambos, senão haveria peculato-apropriação ou peculato-furto).

Exemplo: Funcionário, negligentemente, deixa a porta da sua sala aberta ao sair e alguém passa e subtrai o dinheiro; há furto por parte desse terceiro e peculato-culposo por parte do funcionário, a quem faltou a diligência exigível.

Atenção: O peculato-culposo não se confunde com peculato-furto, pois, neste, o funcionário subtrai dolosamente o bem que não está em seu poder ou concorre, dolosamente, para que terceiro o subtraia, enquanto que no peculato-culposo, o funcionário é negligente e colabora culposamente para o êxito doloso de outrem. Portanto, não há concurso de agentes no peculato-culposo: o terceiro responderá pelo crime que praticou, dolosamente, e o funcionário público por peculato-culposo (não houve ajuste entre ambos).

De acordo com o § 3º, se a reparação do dano for anterior à sentença irrecorrível, haverá extinção da punibilidade e, se for posterior a ela, deve-se reduzir de metade a pena imposta (essa é uma regra especial que prevalece sobre a do art. 16 do Código Penal).

Atenção: Para as outras formas de peculato (apropriação e furto), aplica-se a regra do art. 16 do Código Penal (em caso de arrependimento posterior), uma vez que a regra do art. 312, § 3º, é exclusiva para peculato-culposo.

Atenção: Atente para o disposto no art. 33, § 4º, do CP: "O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais".

7.2.1.5 Peculato estelionato – art. 313 do CP

Ocorre o crime quando o funcionário público se apropria de dinheiro ou qualquer bem que recebeu, no exercício do cargo, por erro de outrem (embora seja conhecido como peculato-estelionato, não se trata, propriamente, de erro provocado pelo funcionário público, daí a impropriedade, para alguns doutrinadores, da expressão "peculato-estelionato", os quais entendem que seria mais apropriada a expressão "peculato-apropriação de coisa achada").

Atenção: A diferença entre os crimes de estelionato e peculato-estelionato é que o primeiro exige indução ou manutenção da vítima em erro (portanto, a vítima é induzida ou mantida em erro provocado pela fraude), enquanto no peculato-estelionato não há indução ou manutenção, ocorrendo erro espontâneo da vítima, vindo o funcionário público a se apropriar do valor resultante do erro em questão.

Exemplo: Funcionário público, que trabalha como caixa na prefeitura de uma cidade, recebe valor maior (por erro espontâneo da vítima) e se apropria do valor excedente ao descobrir, posteriormente, que houve recolhimento a maior.

7.2.1.6 Peculato eletrônico – art. 313, A e B, do CP

O crime em pauta vem disposto no art. 313 "A" e "B" do Código Penal. O primeiro também é denominado "peculato-pirataria de dados" e o segundo, "peculato-hacker".

7.2.2 Concussão – art. 316 do CP

O art. 316 do CP conceitua o crime de concussão como aquele em que o agente exige, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

O delito, portanto, aperfeiçoa-se quando o funcionário público impõe, determina, exige da vítima vantagem indevida, valendo-se de represália, de ameaça ligada à função (é suficiente o temor que

o cargo inspira), o que pode ocorrer no exercício da função, fora da função (por exemplo, de férias, em licença-prêmio) ou até antes de assumi-la, mas em razão dela (quando foi aprovado em concurso, não tendo tomado posse ainda).

Exemplo: Policial exige dinheiro da vítima, senão lavrará boletim de ocorrência ou providenciará a instauração de inquérito policial contra ela.

Atenção: Se o funcionário público exigir vantagem indevida usando violência ou grave ameaça, ele incorrerá no crime do art. 158 do Código Penal (extorsão).

Cabe lembrar que, se ceder à exigência, o particular não cometerá crime. E como o crime é formal, consuma-se com a exigência, não sendo exigível que o agente consiga a vantagem pretendida (se tal ocorrer, haverá mero exaurimento). Admite-se a tentativa, salvo se a exigência for verbal e direta.

7.2.3 Corrupção passiva – art. 317 do CP

O art. 317 do CP prevê o crime de corrupção passiva que se perfaz quando o agente solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem (note que, na primeira conduta – **solicitar** – a iniciativa é do funcionário público, e nas demais – **receber e aceitar promessa de vantagem** – a iniciativa é do particular, que responderá como autor do crime de corrupção ativa – art. 317 do CP).

Aqui, como ocorre na concussão, o agente solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida, ocorrendo o crime se o faz no exercício da função, fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela.

Trata-se de crime formal, que se consuma independentemente de o funcionário público receber ou não a vantagem, praticar ou omitir o ato.

Atenção: A jurisprudência tem se posicionado no sentido de que pequenas gratificações, de pouco valor, recebidas pelo funcionário, não constituem crime (Exemplo: pequeno presente dado ao funcionário no Natal).

7.2.3.1 Espécies

a. **corrupção passiva própria** – quando a vantagem é para o funcionário público realizar ato ilegal.
b. **corrupção passiva imprópria** – quando a vantagem é para o funcionário público realizar ato legal.
c. **corrupção passiva antecedente** – quando a vantagem é prévia (recebida antes do ato pretendido ou que se pretende retardado ou omitido)
d. **corrupção passiva subseqüente** – quando a vantagem é entregue depois.

7.2.3.2 Causa de aumento de pena – art. 317, § 1º, do CP

A pena é aumentada de 1/3 se em conseqüência da vantagem ou promessa o funcionário público retarda ou deixa de praticar ato de ofício, ou o pratica, infringindo dever funcional.

7.2.3.3 Corrupção privilegiada – art. 317, § 2º, do CP

Ocorre quando o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, infringindo dever funcional, cedendo a pedido ou por influência de outrem (aqui, o proceder criminoso não é motivado por vantagem, e sim pelo pedido ou influência de outrem).

7.2.4 Prevaricação – art. 319 do CP

O funcionário público incide em prevaricação quando: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" [se não houver esse elemento subjetivo ("para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"), não haverá o crime, ocorrendo apenas uma infração funcional]. O interesse pode ser patrimonial ou não, uma vez que sentimento pessoal é a relação afetiva em relação a alguém (amizade, vingança etc.).

Exemplo: Delegado de polícia arquiva boletim de ocorrência e não instaura inquérito policial por fato típico e antijurídico, em razão de amizade com o autor do delito.

O crime é formal, ocorrendo a consumação, ainda que o sentimento ou interesse pessoal não se satisfaça, admitindo-se tentativa, salvo nas condutas omissivas (**retardar** e **deixar de praticar**).

7.3 Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral

7.3.1 Tráfico de influência – art. 332 do CP

O crime de tráfico de influência está definido como: "Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função".

O crime ocorre quando o agente, fraudulentamente, alega que pode influenciar determinado funcionário público e procura tirar vantagem em razão disso (note que há, na conduta do agente, um comportamento estelionatário, pois, sem ter qualquer acesso ao funcionário, convence alguém que tem esse acesso e disso se vale, fraudulentamente, para tentar obter vantagem).

Nas formas "solicitar", "exigir" e "cobrar", o crime é formal, consumando-se independentemente do recebimento ou realização da promessa. Na última forma, "obter", o crime é material, exigindo-se, para a consumação, o efetivo recebimento.

7.3.2 Corrupção ativa – art. 333 do CP

O crime de corrupção ativa se verifica quando o agente: "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício"

Atenção: Na corrupção ativa (art. 333 do CP), as ações nucleares são "oferecer" e "prometer", enquanto, na corrupção passiva (art. 317 do CP), as ações nucleares são "solicitar", "receber" e "aceitar promessa". Portanto:

a. se o particular "oferecer" vantagem e o funcionário público "recebê-la", haverá corrupção ativa por parte do particular e corrupção passiva por parte do funcionário (se o funcionário não receber, só haverá corrupção ativa).
b. se o particular "prometer vantagem" e o funcionário público "aceitar a promessa", haverá corrupção ativa por parte do particular e corrupção passiva por parte do funcionário (se o funcionário não aceitar, só haverá corrupção ativa).
c. se o funcionário público "solicitar" vantagem e o particular "entregar", note que somente haverá crime de corrupção passiva (por parte do funcionário), isso pela inexistência da conduta "entregar" no crime de corrupção ativa. Se o particular não entregar, continuará existindo somente corrupção passiva (por parte do funcionário público).

O crime é formal, ou seja, a consumação independe da aceitação da vantagem, prática ou omissão do ato pelo funcionário público.

Deve-se atentar para o fato de que a pena será aumentada de 1/3 se "... em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional" (art. 333, parágrafo único, do CP), visto que, da mesma maneira, será aumentada a pena em 1/3 se "... em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional" (art. 317, § 1º, do CP).

7.4 Dos crimes contra a administração da justiça

7.4.1 Denunciação caluniosa – art. 339 do CP

O crime em tela se perfaz quando alguém dá causa, por qualquer meio (direto – ex.: boletim de ocorrência, requerimento – ou indireto – ex.: carta, telefonema, flagrante forjado), à instauração, contra alguém (pessoa determinada), de investigação policial (não é

preciso que haja instauração de inquérito policial), de processo judicial (ação penal), investigação administrativa (sindicância, processo administrativo), inquérito civil (previsto na Lei n. 7.347/85, utilizado para apuração de lesões metaindividuais) ou ação de improbidade administrativa (com base na Lei n. 8.429/92), imputando-lhe crime (fato inexistente; autoria diversa; fato mais grave) de que o sabe inocente (exige o legislador dolo direto, ou seja, somente haverá crime se o agente tinha certeza da inocência do imputado).

Esse é um crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa. Todavia, se quem o pratica for testemunha, esta responderá por falso testemunho (art. 342 do CP). E se for o réu em sua defesa (por exemplo, no interrogatório), não incidirá no crime por conta do princípio constitucional da ampla defesa.

O § 1º do art. 339 prevê aumento de sexta parte na pena se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. Já o § 2º prevê a diminuição de metade da pena se a imputação é de prática de contravenção.

Atenção: O crime de denunciação caluniosa é chamado de "calúnia qualificada". Mas, qual é a diferença entre o crime de calúnia (art. 138 do CP) e o crime de denunciação caluniosa (art. 339 do CP), uma vez que, em ambos, há imputação falsa de crime à pessoa determinada? No primeiro, o objetivo do agente é atingir a honra (objetiva), enquanto no segundo, quer desencadear investigação ou processo com a finalidade de uma injusta punição.

7.4.2 Comunicação falsa de crime ou contravenção – art. 340 do CP

Pratica o crime de comunicação falsa de crime ou contravenção, previsto no art. 340 do CP aquele que: "Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado".

Atenção: A principal diferença entre o crime de denunciação caluniosa e o crime de comunicação falsa de crime ou contravenção é que no primeiro o agente individualiza a pessoa (ela é determinada), e no segundo, não.

O crime em questão é formal, ou seja, consuma-se com o primeiro ato investigatório da autoridade, ainda que não se instaure inquérito policial. A tentativa é admissível (quando, embora a comunicação, não se praticar qualquer ato investigatório por circunstâncias alheias à vontade do agente).

7.4.3 Auto-acusação falsa – art. 341 do CP

Dá-se o crime em questão, previsto no art. 341 do CP, quando o agente se acusa, perante a autoridade, de crime inexistente (fato inexistente) ou praticado por outrem. Não poderá alegar ampla defesa para tanto, pois o princípio permite que o verdadeiro autor se defenda, mas não que alguém assuma o crime de outro.

Exemplo: O pai assume a autoria de um atropelamento com morte para impedir a imputação contra o filho (que foi o real autor do crime).

7.4.4 Falso testemunho ou falsa perícia – art. 342 do CP

O crime está previsto no art. 342 do CP: "Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral" (o processo judicial pode ser cível, trabalhista ou criminal; processo administrativo abrange o inquérito civil público).

1. Sujeito ativo

Trata-se de crime de mão própria (de atuação pessoal ou conduta infungível), porque somente pode ser cometido por **testemunha, perito, contador, tradutor** ou **intérprete** (portanto, não há co-autoria); quanto à participação, há entendimento pela possibilidade (ex.: advogado induz, instiga ou auxilia a testemunha a mentir – STF: *RT 801/464*) e pela não-admissão (posição predominante na doutrina).

a. **Vítima** – não comete falso testemunho, podendo, todavia, praticar o crime de denunciação caluniosa (art. 339 do CP).

b. **Informantes** – as pessoas referidas nos arts. 206 e 208 do CPP, tidas como informantes, não são compromissáveis, daí questionar-se se elas cometem falso testemunho; a posição doutrinária prevalente é no sentido afirmativo, todavia a jurisprudência (principalmente o STJ) vem entendendo que testemunha descompromissada (por força de previsão legal) não comete falso (todavia, se a testemunha devia ser compromissada e o juiz esqueceu de colher o compromisso, terá a obrigação de dizer a verdade, podendo responder por falso).

2. Conduta típica

a. **calar a verdade** – a testemunha se cala, nada dizendo a respeito dos fatos.
b. **negar a verdade** – a testemunha nega que sabe a respeito dos fatos, embora tenha conhecimento.
c. **falsear a verdade** – a testemunha apresenta versão mendaz, diferente do que realmente ocorreu.

3. Potencialidade lesiva

Somente ocorre o crime se o falso incide sobre fato relevante e pertinente ao tema em discussão.

4. Inexigibilidade de conduta diversa

Se a testemunha mentir por medo de represália (ameaça séria, concreta), poderá invocar inexigibilidade de conduta diversa (quando então, ausente a culpabilidade, poderá ser isenta de pena).

5. Teoria subjetiva

Vigora, no Código Penal, a teoria subjetiva, ou seja, somente ocorre crime se a testemunha falseia o que sabe, viu ou ouviu (pode ser que a testemunha narre um fato que soube por outra pessoa e que não corresponda à realidade; mas, se narrou o que sabia, ou seja, aquilo que tomou conhecimento, a sua narrativa correspondeu àquilo que tinha ciência, não havendo, portanto, falso testemunho, embora sua narrativa não corresponda à realidade fática).

6. Consumação

É crime formal que se consuma com o término do depoimento ou a entrega do laudo, ou seja, não é necessário que o depoimento ou o laudo influenciem, realmente, no julgamento do juiz (embora, como vimos anteriormente, exija-se potencialidade lesiva)

7. Causa de aumento de pena

Prevê o § 1º do art. 342 que: "As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta".

8. Retratação

A retratação está prevista no § 2º do art. 342: "O fato deixa de ser punível se, antes da sentença em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade"; configura causa extintiva da punibilidade (art. 107, VI, CP).

9. Auto-incriminação

Lembre-se de que a testemunha pode se calar a respeito de determinado assunto quando o fato puder incriminá-la, isso porque não está obrigada a fazer prova contra si mesma (STF).

Questões

1. (OAB/CESPE-UnB – 2007.2) Pedro, funcionário público, deixou de praticar ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo à influência de Daniele, sua namorada. Nessa situação hipotética, a conduta de Pedro se amolda ao tipo de crime, previsto no Código Penal, de:
   (A) tráfico de influência
   (B) corrupção passiva
   (C) prevaricação
   (D) concussão

2. (OAB/SP – 133º) O advogado do acusado de um crime de estupro instrui a testemunha, por ele arrolada, a mentir no processo criminal. A testemunha mente em juízo e, quando descoberta a mentira, antes da sentença, retrata-se dizendo a verdade e que foi o advogado quem a orientou a mentir. Assinale a alternativa incorreta.
   (A) A testemunha recebe uma extinção de punibilidade pela retratação.
   (B) Não constitui prerrogativa do advogado orientar a testemunha a mentir.
   (C) O advogado responde como partícipe do crime de falso testemunho, por ter induzido a testemunha a mentir.
   (D) O advogado responde como autor do crime de falso testemunho por ter induzido a testemunha a mentir.

3. (OAB/RJ – 32º) Não pode ser considerado próprio de funcionário público o crime de:
   (A) concussão.
   (B) prevaricação.
   (C) corrupção ativa.
   (D) corrupção passiva.

4. (OAB/SP – 131º) Aponte a alternativa que contém três crimes praticados por particular contra a Administração Pública.
   (A) Peculato, concussão e advocacia administrativa
   (B) Desacato, corrupção ativa e desobediência
   (C) Peculato, desacato e corrupção passiva
   (D) Concussão, corrupção ativa e advocacia administrativa.

Gabarito

1. B
2. D
3. C
4. B

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

———. *Tratado de direito penal – Parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

———. *Tratado de direito penal – Parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

———. *Tratado de direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

———. *Tratado de direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

BONFIM, Edilson Mougenot. *direito penal 2 – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – Parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

———. *Curso de direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

———. *Código Penal comentado*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ESTEFAM, André. *Direito penal 1 – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2006.

———. *direito penal 4 – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

———; CAMPOS, Pedro Franco de. *Direito penal 3 – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal – Parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal – Parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

———. *Dos crimes contra a pessoa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 8.

———. *Dos crimes contra o patrimônio*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 9.

———. *Dos crimes contra os costumes aos crimes contra a administração*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 10.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

———. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

——— *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.

———. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: RT, 2007.